Römische Processgese...

RÖMISCHE PROCESSGESETZE.

ZWEITE ABTEILUNG.

RÖMISCHE

PROCESSGESETZE.

EIN BEITRAG

ZUR

GESCHICHTE DES FORMULARVERFAHRENS

VON

MORIZ WLASSAK,

PROFESSOR IN BRESLAU.

ZWEITE ABTEILUNG.

LEIPZIG,

VERLAG VON DUNCKER & HUMBLOT.

1891.

Vorwort.

Die zweite Abteilung der „Processgesetze“ erscheint mit besonderer Seitenzählung als selbständiger Band. Statt sofort mit der Erläuterung des Gaianischen Berichtes über die Voraussetzungen des Judicium legitimum zu beginnen, sucht die vorliegende Arbeit zunächst (im 4. Cap.) den Processbegriff der Römer einiger Massen zu bestimmen, sein Verhältniss zur Formel ins Klare zu setzen und die Bedeutungen genauer nachzuweisen, die schon in den Paragraphen 2 und 8 für eines der wichtigsten Worte der klassischen Rechtslitteratur in Anspruch genommen wurden. Den nächsten Anlass zu diesen Ausführungen, welche mir vor drei Jahren noch überflüssig erschienen, boten die schweren Missverständnisse, die ich in den meisten processrechtlichen Erörterungen der jüngsten Zeit zu finden vermeine. Ich zog es vor, eine das Ebenmass des Werkes störende Einschaltung vorzunehmen, als still zu schweigen und so vielleicht auf schwanker Grundlage fort zu bauen. Damit war aber die Notwendigkeit gegeben, den Zusammenhang zwischen Abt. I und II etwas zu lockern. Andrerseits hielt ich mich jetzt für befugt, im zweiten Bande

Manches zu verbessern, was im ersten gesagt ist, namentlich überall den Einklang herzustellen mit den in meiner „Litiscontestation“ (S. A. aus der Breslauer Festschrift für Windscheid — 1889) vorgetragenen Ansichten.

Die Capitel 5 und 6 bringen die am Schluss der ersten Abteilung in Aussicht gestellten Untersuchungen. Hier war ein Übergreifen in die allgemeine Rechtslehre, die Darlegung der Geschichte des römischen Volksgesetzes überhaupt, die Besprechung von Fragen, wie „Personalität“ und „Territorialität“ der Rechte nicht zu vermeiden. Ich fürchte auch eher das Urteil, zu wenig als zu viel gebracht zu haben. Einige Ausführungen mussten unterdrückt werden, um das Buch etwas zu entlasten.

Über die Ziele, denen ich zustrebte, nicht ohne Mühe und vielleicht ohne Erfolg, desgleichen über die Aufgaben, welche demnächst zu behandeln wären, ist eine Äusserung an diesem Ort entbehrlich; es genügt eine Hinweisung auf den letzten Paragraphen. Nur als Gegner der zur Zeit herrschenden radikalen Pandektenkritik, so weit sie auf sprachliche Erwägungen gestützt wird, darf ich mich hier bekennen und in dieser Beziehung auf das 4. Capitel aufmerksam machen. Ich glaube an Beispielen gezeigt zu haben (s. S. 386, 387), wie ungenügend gegenwärtig noch unsere Kenntniss der klassischen wie der byzantinischen Juristensprache ist. Ohne umfassende Vorarbeiten auf diesem Gebiet kann von gesicherten und verwertbaren Ergebnissen bei der Aufsuchung von Interpolationen kaum die Rede sein.

Der Satz der ersten Bogen war schon in Angriff genommen, als mir durch die Güte des Verfassers ein Aufsatz zuging über die Stoffanordnung im Vorjulianischen Album. Es ist mir eine angenehme Pflicht, die kleine, doch

inhaltsreiche Arbeit von C. Ferrini (Rendiconti del R. Istituto Lombardo Ser. II, Bd. 24, H. 8) hier anzuführen. Für überzeugend halte ich die Beweisführung des sehr verdienten Gelehrten nicht. Mein Bedenken ist aus N. 12 auf S. 7 zu ersehen.

Seit dem Abschluss des Druckes (bis S. 366) sind mir mehrere Schriften zugekommen, die ich gerne früher berücksichtigt hätte: Hölders Pandekten (2. Lief.), der 25. Bd. der Ztschr. für Rechtsgeschichte R. A., das 2. u. 3. Heft des Civilist. Archivs Bd. 77, das 3. Heft der Krit. Vierteljahrsschrift Bd. 33, das 1. Heft von Sybels Ztschr. Bd. 67 und Engelmanns Civilprocess Bd. II Heft 2. Nicht auf alle kann ich eingehen; einige Bemerkungen aber scheinen mir unerlässlich.

Ernst Th. Schulze und Jul. Jung bezeichnen, wie kurz vorher W. Kalb und P. F. Girard, den Verfasser der Veroneser Institutionen als „Provinzialjuristen", d. h. wohl als Rechtslehrer, der nicht blos aus der Provinz stammt, sondern dort auch geschrieben hat. Je öfter diese für die Würdigung einer der allerbesten Quellen verhängnissvolle Behauptung wiederholt wird, desto schwieriger ist sie dereinst zu beseitigen. Fürs erste kann ich nur die Bitte aussprechen, das Bd. II S. 224—226 Gesagte in Erwägung zu ziehen. Der Inhalt der Institutionen schliesst m. E. die Annahme, dass dieses Buch anderswo als in Rom oder doch für den stadtrömischen Gebrauch geschrieben ist, geradezu aus.

Eisele erklärt in seiner jüngsten Arbeit (Archiv 77 S. 414—416) an den Anschauungen über die Processconsumtion, die er in seinen „Abhandlungen" (I, II — 1889) entwickelt hatte, festhalten zu können. Wer aber Eiseles Lehre für verfehlt erachtet, der wird in seiner Überzeugung

durch die neuesten Bemerkungen im „Archiv“ sicher nur bestärkt werden. Die Aufstellung einer Litiscontestatio, welche die Forderungen und Schulden der nicht litigirenden Correi vernichtet, während sie unter den Processparteien der Consumtionswirkung entbehrt, geht doch über das Mass dessen hinaus, was selbst ein bereitwilliger Leser annehmen kann. Sehr erfreulich ist mir (Bd. II S. 37, 38) dagegen die Übereinstimmung mit Eisele (S. 461) hinsichtlich der Papinianschen l. 52 § 3 D. de fideiuss. (46, 1). Die Worte *si unus iudicio eligatur* sollen echt (die folgenden interpolirt) sein, und sie sollen die Streitbefestigung anzeigen. Wie aber kommt E. zu dieser zweifellos richtigen Deutung? Ihm (Abh. S. 102; dazu meine P. G. Bd. II S. 27—31) ist doch das Gaianische (also Nachjulische) *iudicium legitimum* und gewiss auch das correlate *iudicium imp. cont.* nur „das Verfahren vor den Geschworenen“. Mithin muss Eisele die Streitbefestigung in das Schwurgerichtsverfahren versetzen! Mein Gegner wird diese Zumutung um so weniger abwehren können, als er im Archiv 77 S. 414 ausdrücklich von der „*ipso iure*-Consumtion (im *iudicium legitimum*)“ spricht.

In ausführlicherer Weise muss ich Landsberg entgegentreten, der in der Krit. Vierteljahrsschrift (Bd. 33) seine „schweren Zweifel und Bedenken“ wider meine Auffassung der klassischen Litiscontestatio hervorheben will. Zwar ist sein Widerspruch nicht ohne Einschränkung; Manches lässt er gelten; jedenfalls aber ist an seiner Absicht, meine Lehre aus dem Weg zu räumen, nicht im mindesten zu zweifeln. Worauf also gründet er seine „Bedenken“? Zuerst auf eine Unterstellung, die durchaus unerlaubt ist, und zum Zweiten auf eine Erschleichung.

Die L. C. soll (S. 338) nach meiner Auffassung möglicher Weise ein aussergerichtlicher Vorgang sein. Natürlich hat L. diese Thorheit in meiner Schrift nicht gefunden. Die Gerichtlichkeit ist überall vorausgesetzt und wiederholt auch ausgedrückt. Man vergleiche etwa L. C. S. 52 Abs. 2, S. 59 Abs. 2 in f., ferner S. 84: „das eigentliche Ziel des Verfahrens in Jure (ist) die Litiscontestatio", und S. 61 N. 1: „Die L. C. ist nicht der einzige Vertrag, den die Parteien in Jure abschliessen können". Sodann die Erschleichung (S. 338, 339 u. 340). Der Rezensent schreibt: wenn die L. C. in Jure vollzogen wurde, „so ist schon der äussere Hergang, nach welchem der Praetor noch einen Formalact zwischen den Parteien vor sich beobachten muss, nachdem er seinerseits die Sache durch Formel erledigt hat, recht auffällig". Woher weiss denn L., dass der Praetor die Sache „durch Formel erledigen" konnte? Aus den Quellen auf keinen Fall. Denn die Pandektenjuristen verlangen in zahllosen Stellen nach dem praetorischen *iudicium dare* den Parteienact, der allein L. C. heisst. Der Rez. nimmt also Kellers Theorie für erwiesen an und fragt dann, ob nicht meine L. C. neben der Kellerschen überflüssig sei? Nach meiner Empfindung eine Art Kritik, die doch gar zu plump geraten ist! Ferner ist nicht zu begreifen, wie man Etwas im Schriftformelprocess für „auffällig" erachten kann, was in der Legisactio (nach meiner von Landsberg S. 335, 336 gebilligten Ansicht) in derselben Weise vorkam. Zuerst die praetorische Zulassung (*dare*), dann die (vorher) vereinbarte solenne Rede und Gegenrede der Parteien. Ebenso im neueren Verfahren zuerst das praetorische *iudicium dare*, dann der Parteienact: das Geben und Nehmen der Urkunde.

Woher L. das Recht nimmt, diese Handlung, die in der That in einer „Sekunde“ erledigt ist, eine „willkürlich in die Länge ziehbare“ zu nennen, das bleibt unklar; wenn er sie bald nachher (S. 340) als „klägliches Auskunftsmittel“ bezeichnet, so beweist das nur, dass der Rez. den Formensinn der Alten, die einfachen und reinen Linien des klassischen Rechtes nicht zu würdigen weiss. Die Processobligation ist eben ein Verhältniss zwischen dem Actor und dem Reus, nicht zwischen den Litiganten und dem Magistrat, der blos sein Vollwort giebt. Darum fordern die Römer zur Begründung der Streitobligation einen Formalact zwischen den Parteien, ähnlich, wie sie trotz feststehendem Vertragsinhalt zur Begründung der Verkehrsobligation noch förmliche Frage und Antwort verlangen.

Nun aber zur Hauptsache! *Iudicium accipere* ist nach meiner Ansicht die feierliche Annahme der vom Kläger edirten Formel, demgemäss die deutlich wahrnehmbare, in Jure erfolgende Einlassung des Beklagten, und weiterhin der ganze zweiseitige Act der Processbegründung, m. a. W. das Contrahiren der Processobligation; dagegen nach Landsberg einmal (S. 342): „Die ganze Situation des Beklagten in Jure“, das anderemal (S. 341): das „in die Lage kommen, sich vor dem *iudex* einlassen zu müssen, dadurch, dass der Praetor dem Kläger *iudicium dat,* das Verfahren *in iure* zum Abschlusse und so die ganze Sache zur *lit. cont.* bringt“. Mithin ist es den unwissenden Quellen zum Trotz wieder einmal der Praetor, der die Lis contestirt, u. z. nach S. 337, 338 dadurch, dass er die Verhandlung für geschlossen erklärt oder „*e iure* aufbricht“ oder „dem *praeco* den Befehl giebt, die folgende Sache aufzurufen“. Dass solcher Widerstand der klaren Über-

lieferung gegenüber unzulässig ist (vgl. neuerdings besonders Lotmar Krit. Vtljschr. Bd. 26 S. 677, 678); dass die Einlassung (Übernahme der Processobligation) in das Verfahren vor dem Praetor gehört, nicht in den zweiten Abschnitt („vor dem *iudex*"); dass das praetorische *cogere* zum *iudicium accipere* einen bestimmten, einzelnen Parteienact zum Ziele hat, unmöglich die „ganze Situation" des Beklagten, weil das Edict und die Juristen (Stellen in meiner L.C. S. 24, 30 N. 1, ferner Dig. 2, 9, 1, pr. — 21, 1, 25, 8, Paul. V. 9, 2 u. s. w.) einen durch das *iudicium accipere* genau fixirten Zeitpunkt voraussetzen; dass Gaius (IV. 57, 163) ausdrücklich das *formulam accipere* als Bestandteil der Streitbefestigung bezeugt und Plinius (Ep. V. 11, L.C. S. 37, 47) auch das *cogere ad exh. formulam accipere;* dass *iudicium edere* und *iud. dictare* unwidersprechlich von der Litiscontestatio gebraucht ist (L.C. S. 46—50); dass Wendungen wie *iudicio contrahere, litem contrahere* und andere Aussprüche über den Processvertrag (L.C. S. 59—69) Erklärung erheischen, dies Alles ficht den Rezensenten nicht im geringsten an.

Statt anderwärts Gesagtes zu wiederholen, will ich lieber auf zwei weitere Bedenken Landsbergs eingehen und zu diesem Zweck mit ein paar Strichen den mutmasslichen Verlauf des Verfahrens in Jure (ohne die Richterbestellung; s. Bd. II S. 197 N. 18) in einfachen Sachen andeuten. Der Praetor, denk ich, schloss die Vorverhandlung ab, sobald er durch die Reden der Parteien genügend unterrichtet war. Nun äussert er sich über den Wortlaut der Formel, wenn er nicht Denegation für richtig hält. Entweder bewilligt der Praetor die Formel so, wie sie der Kläger vorschlug (vorläufig edirte), oder mit den vom Gegner begehrten Ein-

schaltungen oder sonstigen Änderungen. Jetzt ist die Zeit vorbei für die von Landsberg (S. 338, 340) so sehr betonten „Chicanen des Beklagten“. Jetzt muss dieser erklären, ob es ihm beliebt, den Process mit der genehmigten Formel aufzunehmen. Nur dreierlei ist möglich: ein Ja, ein Nein oder Stillschweigen. Wo kein Ja erfolgt, ist der sog. „Beklagte“ *indefensus* (nicht *pro confesso*, wie Landsberg, die Regel verkennend, zweimal, S. 338, 341, sagt; s. Wach bei Keller N. 751); einstweilen ist der Process vereitelt, der Widerspenstige hat *missio in bona* zu gewärtigen. Wenn der Rez. (S. 338) diese Strafe, die auf das *iudicium non accipere* (in meinem Sinne) gesetzt war, unglaublich hart findet, so vergisst er das ganz analoge Verfahren mit (praetorischen) Stipulationen, von dem aus überhaupt helles Licht fällt auf den Vertrag des ordentlichen Processes (L. C. S. 61, 62, 67). Wer sich in Jure weigerte, die Kleinigkeit zu leisten: das Wörtchen *spondeo* zu sprechen, den konnte die gleiche Strafe treffen, wie einen Beklagten, der die Streiturkunde zurückwies; daher denn beispielsweise die L. Rubria das *sponsione* und das *iudicio se defendere* zusammenstellt, ähnlich wie Gai. IV. 170. Wenn endlich Landsberg fragt (S. 339), wie Parteien zu behandeln wären, denen der Praetor die Formel eingehändigt hatte, die dann eiligst aufbrachen, ohne Lis contestirt zu haben, die später die Formel fälschen und zuletzt vor dem Judex erscheinen, so glaube ich folgender Massen antworten zu können. Ein Process ist in solchem Fall nicht begründet, ein Richter zwar „gegeben“ (wie die Formel), doch nicht „bestellt“ (P. G. Bd. II S. 197 N. 18); daher konnte kein staatsrichterliches Urteil ergehen. Auch dafür war gesorgt, dass der Judex nicht einer Täuschung zum Opfer falle. Natürlich

sandte ihm der Praetor das schriftliche Decret, welches die Judication anordnete *(iudicare iubet)*, erst nach vollzogener Streitbefestigung, und diesem Decret war vermutlich ein Exemplar der Formel beigefügt (L. C. S. 55, P. G. Bd. II S. 56 N. 10). Ob aber die Lis förmlich contestirt war, das hatte der Magistrat zu beurteilen, der in einer Zeit, wo die alten Formen zu verwesen begannen (Stipulation!), äussere Fehler leichter verzeihen mochte als früher. Vielleicht ist das der Ausgangspunkt gewesen für die Umbildung der L. C. in der nachklassischen Epoche.

Schliefsen möchte ich die zu unliebsamer Länge gediehene Vorrede mit einem Wort des Dankes. Wie in der Gaiusfrage, so setzt sich meine Abhandlung auch in Sachen der Gerichtsbarkeit häufig in Widerspruch mit den Lehren von Th. Mommsen. Um so mehr fühle ich das Bedürfniss, ausdrücklich zu betonen, dass ich keinem modernen Werk grösseren Dank schulde als dem meisterlichen „Röm. Staatsrecht“. Mit philologischen Kenntnissen nur unzureichend ausgerüstet, wäre ich über manche Schwierigkeit kaum hinweggekommen, wenn mir nicht die zahlreichen Arbeiten des unvergleichlichen Forschers immer wieder den, wie ich gerne hoffe, rechten Weg gezeigt hätten.

Da die Ausgabe des vorliegenden Bandes nicht sofort erfolgen wird, darf ich wohl auf den Tag aufmerksam machen, an dem ich das Buch aus der Hand gebe und dieses schreibe.

Breslau, den 26. Juli 1891.

M. W.

Abkürzungen.

C.I.L. = Corpus Inscriptionum latinarum.
Karlowa R.R.G. = K. Römische Rechtsgeschichte.
Mommsen St.R. = M. Röm. Staatsrecht Bd. I—III.
Von diesem Werke (Bd. I, II) ist in der 1. Abt. die zweite, in der vorliegenden Abt. die dritte Auflage benutzt.
R.P.G. und P.G. = Wlassak Röm. Processgesetze.
Wlassak L.C. = W. Die Litiscontestation im Formularprocess (1889).
Ztschr. f. R.G. = Zeitschrift für Rechtsgeschichte.
Ztschr. f. R.G.R.A. = Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung.
Von Willems Le droit public romain ist in der 1. Abt. die fünfte, in der zweiten die sechste (Louvain 1888) benutzt.

Berichtigungen und Nachträge.

Band I.

S. 20 N. 1 ist am Schlusse anzufügen: Eisele Abhandlungen z. röm. Civilprocess (1889), Abh. I, II, Schulin Geschichte des römischen Rechts (1889) S. 569, 570.

S. 21 N. 3 ist zu lesen: 241 st. 251.

S. 26 N. 10 ist anzufügen: Vgl. Kappeyne Abhandlungen S. 154 N. 4.

S. 33 Z. 21 ist nach l. 5 einzuschalten: § 12.

S. 37 Abs. 1, 2 (§ 3), vgl. hiezu Bd. II S. 197 N. 18 und S. 363.

S. 75 N. 1 ist der Schluss der Anmerkung zu streichen.

S. 77 N. 4 Z. 8 lies: § 144 st. 44.

S. 79 Z. 7 ist hinzuzufügen: Cic. de invent. II c. 20 § 60, in Caec. c. 17 § 56, in Verr. III c. 28 § 69.

S. 81 Z. 12 lies: 73 st. 76.

S. 81 N. 10, vgl. hiezu Bd. II S. 82 N. 23.

S. 82 Z. 6—8, vgl. hiezu Bd. II S. 82 N. 23.

S. 83 Z. 24 fg., vgl. hiezu Bd. II S. 356 N. 14.

S. 89 Z. 8, vgl. hiezu meine Litiscontestation S. 68 N. 2.

S. 91 Z. 5—11 ist zu streichen; vgl. Bd. II S. 284 N. 43.

S. 96 N. 27 Z. 5 lies: N. 1024[a] st. 24[a].

S. 99, 100, vgl. hiezu meine Litiscontestation S. 56 N. 1 u. R. P. G. Bd. II S. 231 N. 31.

S. 119 N. 27 Z. 2 ist einzuschalten: arg. I. Just. 1, 2, 2, Isid. Orig. V c. 9 § 1.

S. 122, 123, vgl. hiezu meine Litiscontestation S. 68, 69.

S. 126, 127, 138, vgl. hiezu Bd. II S. 291 N. 19.

S. 131 und zum § 15 S. 206 fg., vgl. Poiret De centumuiris (1886 — Pariser Diss.).

S. 134 Z. 4—6: fast wörtlich übereinstimmend M. S. Mayer Litiscontestatio I S. 148 (1830).

S. 144 Z. 3 lies: (VII. 5, XII. 3) . . . (II. 2, IX. 3).

S. 166 Z. 5 ist zu lesen: die sich nicht an stadtrömische st. an nichtrömische.

S. 179 N. 12 Z. 11 fg., vgl. hiezu meine Litiscontestation S. 73 N. 5 und R. P. G. Bd. II S. 64 N. 11.

S. 182 N. 16 ist am Schlusse der Z. 2 hinzuzufügen: § 1.

S. 190 Z. 10 lies: und zwar für 710 st. und für 711.

S. 196, vgl. hiezu meine Miscelle II in der Ztschr. f. R. G. R. A. Bd. XXII S. 383—385 (1888).

S. 198 N. 48 letzte Zeile lies: *ἀφιέναι.*

S. 201 Z. 9—16, vgl. hiezu Bd. II S. 226 N. 16.

S. 212, vgl. hiezu meine Misc. III in der Ztschr. f. R. G. R. A. Bd. XXII S. 385, 386.

S. 245 Z. 13 lies: nur st. nun.

Band II.

S. 14 Z. 12 ist zu lesen: dem Geschworenen st. den G.

S. 45 N. 47 letzte Zeile lies: N. 1 st. N. 3.

S. 343 Z. 27 lies: letzteren.

Inhalt.

Viertes Capitel (S. 1—69).

Process und Processmittel.

Fünftes Capitel (S. 70—85).

Gaius' Bericht IV. 104.

Sechstes Capitel (S. 86—346).

Das Judicium legitimum. — II. Das Gebiet des gesetzlichen Processes.

Siebentes Capitel (S. 347—366).

Aufgaben und Ergebnisse.

Viertes Capitel.

Process und Processmittel.

§ 17. Die römische Processlitteratur.

Wer die Vorschriften prüft, die der stadtrömischen Lex Julia *iudiciorum privatorum* angehören[1]), wird kein Bedenken tragen, das Gesetz des Augustus eine Civilgerichts- und Processordnung im heutigen Sinn des Wortes zu nennen. Ob die Lex Aebutia annähernd so reichen Inhalt hatte wie die Julia, muss dahingestellt bleiben; doch giebt die einzige Bestimmung, welche die Quellen ausdrücklich dem älteren Gesetze zuschreiben, diesem ohne Zweifel das Gepräge einer Processordnung. Dagegen waren wohl Normen, die nach unserer Anschauung ins Gebiet des „Privatrechts" fallen, den genannten Judiciargesetzen fremd. Insbesondere sind durch keines von beiden bestehende

[1]) S. Bd. I S. 202 N. 1.

Klagrechte [2]) aufgehoben oder neue eingeführt [3]). Wenigstens wissen die Quellen davon nicht das Geringste und dürften im besten Fall eine mittelbare Einwirkung der Processreform auf das Privatrecht bezeugen. Aebutia und Julia haben also mit dem „Actionenrecht" nur insofern Etwas zu schaffen, als sie neue Formen feststellen für die Geltendmachung der Klagrechte und, wie es scheint, auch den Erfolg der Durchsetzung abändern durch das Gebot der Geldcondemnation. Im Übrigen finden wir in beiden Gesetzen — von der Gerichtsverfassung abgesehen — lediglich Vorschriften darüber, in welcher Weise mit der neugeformten Actio zu verfahren sei, zunächst vor dem Praetor und dann vor dem Judex; mithin Vorschriften über

---

[2]) Die meisten römischen Actionen stellen wir in unser Privatrechtssystem. Doch giebt es auch solche, denen processualische Normen zu Grunde liegen, ebenso Exceptionen. (So Viel könnte auch O. Bülow zugestehen.) Beispiele bei Gai. IV. 46, 174—179, 122, 124, 133. Die römischen Juristen unterscheiden aber nicht; vgl. A. S. Schultze Privatrecht I S. 337, 338. Lenel Edict S. 16 drückt sich nicht überall glücklich aus. Ueber die Abgrenzung von Process- und Privatrecht s. Wach Handbuch Bd. I S. 117—129 (auch S. 121 N. 14).

[3]) Vgl. etwa Gai. IV. 30, 31 (Bd. I S. 58), 19, 20 einerseits, Gai. IV. 22, 23, Paul. l. un. D. de cond. ex l. (13, 2) andrerseits. Wie die Aebutia und Julia, so waren auch die Lex Silia et Calpurnia reine Processgesetze. Sie führen nur einen neuen ***modus agendi*** ein für schon früher anerkannte Forderungsrechte auf *dari oportere.* (Dies verkennt Baron Condictionen S. 195—199; s. aber Gai. IV. 20: . . . *cum de eo quod nobis dari oportet, **potuerimus** aut sacramento aut per iudicis postulationem agere*, Bruns Symbolae S. 51, 52). Anders steht es mit den bei Gai. IV. 22, 23 genannten Gesetzen, die (vermutlich alle) zunächst neue Klagrechte gewähren und dann zugleich als Processform die *l. a. per manus iniectionem* vorschreiben (Bd. I S. 267, 268). Paulus endlich spricht l. c. von einer Lex, die eine *obligatio*, d. h. ein klagbares Forderungsrecht einführt, ohne Etwas zu verordnen über Formel und Process. S. noch Paul. l. 41 pr. D. de O. et A. (44, 7), § 1 J. de obl. (3, 14—Kr. 3, 13).

den *modus agendi* oder, modern ausgedrückt, über den Civil-, besser Privatprocess.

Wenn nun zur Zeit des Augustus, und vielleicht schon erheblich früher, ein umfassendes Volksgesetz zu Stande kam, das nur die formelle Seite des Actionenrechts und das Verfahren regelte, so musste wohl die heute noch übliche und in der Natur der Dinge begründete Unterscheidung des „materiellen" und „formellen" Rechts schon den römischen Juristen der Kaiserzeit bekannt sein. Ob es ihnen gelang, eine eigentliche Definition des Processrechts im Gegensatz zum Privatrecht[4]) zu finden, darauf ist wenig Gewicht zu legen. Leicht möglich, dass eine ausdrückliche Feststellung des Begriffes niemals stattfand, der doch vorhanden war, und so auch eine gewisse Rolle in der Litteratur spielen konnte. Haben wir Spuren davon? Ist die Processtheorie als ein besonderer Zweig der klassischen Jurisprudenz anzusehen, und kann sie etwa verglichen werden mit der zu hoher Blüte entwickelten Civilistik der Römer?

Es hat einige Schwierigkeit in dieser Sache eine Entscheidung zu fällen, weil von den processrechtlichen Erörterungen der alten Juristen nur ein kümmerlicher Rest und offenbar sehr viel weniger überliefert ist als von den civilistischen. Den Grund davon kennen wir genau. Wir wissen, dass schon im Altertum das klassische Privatrecht weit mehr Lebenskraft bewährte als das Processsystem, dessen Bestand zum Teil abhing von der Fortdauer der alten Gerichtsverfassung. Was wüssten wir auch heute von dem formellen Actionenrecht der Römer ohne den

[4]) Vgl. Ulp. l. 1 § 2 D. de J. et J. (1, 1).

Fund Niebuhrs in Verona? Nur einem glücklichen Zufall verdanken wir den Einblick in ein Gebiet, auf dem die Prudentes in praktischer und in theoretischer Thätigkeit, im Aufbau und in der wissenschaftlichen Analyse der Klagformeln ganz Erstaunliches zuwege brachten. Freilich haben die Juristen gerade den Actionen vom Anfang an durch viele Jahrhunderte so eindringende Pflege gewidmet wie sonst kaum einem anderen Gegenstand. Wohl die ältesten Bücher juristischen Inhalts, deren man sich in Rom bediente, waren ganz oder zum Teil Sammlungen von Klag- und Geschäftsformularen[5]). Von den Zeiten des Appius Claudius Caecus und S. Aelius Catus an bis ins dritte Kaiserjahrhundert kann eine Reihe von Actionenwerken nachgewiesen werden. Als Verfasser solcher Schriften sind aus der klassischen Periode Aulus Ofilius, Aburnius Valens, Venuleius und Paulus bekannt[6]). So wesentliche Ver-

---

[5]) Auch diese letzteren heissen bekanntlich in alter Zeit *actiones;* s. Leist Röm. Rechtssysteme S. 4—7, Voigt Jus naturale Bd. III S. 19—23, Jörs Röm. Rechtswissenschaft I S. 21, 22. Die späteren Juristen gebrauchen *actio* in diesem Sinne nur selten, besonders deutlich Cels. bei Ulp. l. 3 § 12 D. de don. int. v. et ux. (24, 1).

[6]) Über die Actionenlitteratur der Republik vgl. Jörs a. a. O. I S. 86—89, 103, 104, 244; über Ofilius und Venuleius Sanio Rechtshist. Abhandlungen S. 94—96; über Paulus Huschke Bruchstücke aus Schriften r. Juristen S. 12 N. 2. Dem Valens werden *libri actionum,* die nur éinmal, in der Überschrift von Dig. 36, 4, 15 erwähnt sind, abgesprochen von P. Krüger Quellen und Litteratur S. 172 N. 69. Statt *Ualens* sei *Uenuleius* zu schreiben. Sanios Ansicht, der sich auch Lenel Paling. II p. 1207 N. 3 zuneigt, dass in den „Actionen" des Ofilius und Venuleius lediglich Geschäftsformulare erörtert waren, nicht auch Klagformeln, ist m. E. unannehmbar. Schon die Schriftsteller der Ciceronischen Zeit denken meist nur an die Mittel der Rechtsverfolgung oder doch hauptsächlich an diese, wenn sie von den *actiones* reden (Belege im I. Bd. S. 74 N. 1, S. 75). Noch weniger konnte Venuleius den Namen *actionum libri* für ein Werk wählen, das

schiedenheiten wir auch annehmen mögen zwischen den ältesten *Actiones*, die Nichts waren als Sammlungen, und den jüngsten wissenschaftlichen Bearbeitungen der Formeln, so wird doch ein gewisser Zusammenhang der unmittelbar auf einander folgenden Schriften kaum je gefehlt haben[7]. Schlüsse auf den Inhalt dieser Werke sind besser aus dem Namen abzuleiten und aus dem vierten Buche des Gaius als aus den paar kurzen Fragmenten, die in den Pandekten stehen[8]. Für uns ist nur éin Punkt von Wichtigkeit: ob die *Actiones* als Schriften von eigentlich processrechtlichem Inhalt gelten dürfen? Sicher war darin das formelle Actionenrecht behandelt, vielleicht auch Anderes, was zum Process gehört; daneben aber, und wohl

---

mit den Klagformeln Nichts zu schaffen hat; denn die Juristen unter Hadrian und Pius verleugnen bei der Bestimmung und Zerlegung des Actionenbegriffs durchaus die weitere Wortbedeutung, und Gaius verwertet zum Systematisiren das *ius quod pertinet ad actiones* in dem uns heute geläufigen Sinn. Überdies hat Venuleius noch eine umfangreiche Schrift *de stipulationibus* verfasst, wo gerade die wichtigsten Geschäftsformulare zu behandeln waren. Es fragt sich also, wie Sanio seine Annahme begründen will? Nur durch Hinweisung auf die Fragmente der Actionenbücher in den Pandekten. Allein er überschätzt deren Beweiskraft; denn was uns vorliegt stellt sich dar als ein kaum nennenswerter Bruchteil des ursprünglich Vorhandenen. Das Meiste ist aus Venuleius erhalten: sechs kleine Stücke. Davon beziehen sich zwei auf Geschäftsformulare. Die übrigen könnten ebenso gut aus Schriften anderer Art (*ad edictum*, *ad Sabinum*) genommen sein; vgl. auch Krüger a. a. O. S. 181 zur N. 60. — Karlowa R. Rechtsgeschichte Bd. I S. 768 glaubt noch ein Actionenbuch in der Schrift *de iudiciis* zu erkennen, aus der die Berliner Fragmente (Collectio t. III p. 298, 299) herstammen; andere Meinungen darüber bei Krüger a. a. O. S. 249, 250.

[7]) Entgegengesetzter Ansicht muss wohl Jörs sein a. a. O. I. S 89 (dazu S. 244); doch ist es jedenfalls irreführend, zu behaupten: „mit dem Ausgang des 7. Jh. verschwinden die Actionenwerke aus der Litteratur".

[8]) In Lenels Palingenesia I p. 795, II p. 1201, 1207—1209.

nicht überall als Nebensache, auch das in den Formeln ausgedrückte materielle Recht. Natürlich sind in dieser Hinsicht Abweichungen der einen Arbeit von der anderen keineswegs ausgeschlossen. Wenn Ofilius in mindestens 16 Büchern von den Actionen handelte, Paulus dagegen für ein Werk mit derselben Überschrift nur einen *liber singularis* in Anspruch nahm, so wird man gerne nicht blos an ein verschiedenes Mass der Ausführlichkeit denken, sondern auch an Unterschiede in der Begrenzung der Aufgabe, welche die beiden Juristen sich gestellt hatten. Die genannte Schrift des Paulus, vielleicht identisch mit dessen *liber singularis de conceptione formularum*[9]), mochte ungefähr übereinstimmen mit des Gaius *Commentarius quartus* und sonach vorwiegend die Wortfassung der Actionen erörtern, während Ofilius und Venuleius vermutlich in weit grösserem Umfang auch das materielle Recht heranzogen.

Bessere Kunde als von den Actionenwerken haben wir von den *libri ad edictum*, deren hier ebenfalls gedacht werden muss. Das in diesen Büchern commentirte Album Hadrians enthielt Privat- und Processrecht[10]), ist aber weit davon entfernt, darnach aus dem ganzen Stoffe zwei grosse Gruppen zu bilden. Selbst die den Römern von Alters bekannte und wohl auch von den Praetoren der Republik festgehaltene[11]) Sonderung der Norm (*lex-edictum*) und der Formel (*actio-iudicium*, *stipulatio*) ist auf der von Julian bearbeiteten Gerichtstafel teilweise preisgegeben, da

---

[9]) S. Huschke Bruchstücke S. 12 N. 2, Wlassak Edict S. 59 N. 5, Karlowa R. R. G. Bd. I S. 747.

[10]) Vgl. Brinz Krit. Vtljschr. Bd. XI S. 481—488, 495, dazu aber Wlassak Edict § 12, Lenel Edict S. 9—12.

[11]) Näheres in meiner Edictstudie S. 25—27; vgl. auch Ferrini Storia delle fonti p. 24, 25, Jörs a. a. O. I S. 106, 107.

fast alle Klagformeln in den normativen Abschnitt gestellt sind[12]). Nur ungefähr richtig ist es, wenn man sagt: das materielle Actionenrecht (mit den vom Kläger zu edirenden Formeln) stehe zwischen der Lehre von der Einleitung des Verfahrens und der Zwangsvollstreckung. Genau so weit geht denn auch die Scheidung von Privat- und Processrecht in den *libri ad edictum*; denn diese folgen ohne erhebliche Ausnahmen der im Album überlieferten Ordnung.

Weit eher als im Gebiet der Edictslitteratur hätte eine selbständige Theorie des Privatprocesses bei der Bearbeitung des legitimen Rechtes entstehen können. Sehen wir auch ab von der Aebutia, so war doch sicher die capitelreiche Julische Gerichtsordnung dafür die geeignete Grundlage, da sie nur processualischen Stoff enthielt, diesen aber, dem Auschein nach, in ziemlicher Vollständigkeit. Und in der That hat es auch der klassischen Zeit an rein processrechtlichen Schriften nicht gefehlt. A. Gellius, der unter Pius[13]) zum Geschwornendienst bestimmt und von den Praetoren in die Liste der Privatrichter eingetragen wurde,

[12]) Dass erst Julian die *iudicia* von den übrigen Formeln getrennt habe, um die in der Litteratur wohl längst übliche Zusammenstellung verwandter Rechtsmittel civiler und praetorischer Herkunft im normativen Teil zu ermöglichen, diese Annahme halte ich fest. Wahrscheinlich hat der Redactor nur die von der Wissenschaft seit Ofilius ausgebildete Ordnung in das Album übertragen. Gebilligt ist meine Hypothese (Ed. u. Klagef. S. 25—32) von Sohm Institutionen S. 35 (1. Aufl.) und Jörs a. a. O. I. S. 173 N. 3 (der aber das auf S. 32 Gesagte nicht beachtet); s. auch Krüger Quellen S. 36 N. 26, Cogliolo Storia del diritto privato v. I p. 178, P. F. Girard Nouvelle Revue historique de droit t. XIII p. 295. Sohms Ausführung in der 4. Aufl. der Instit. S. 48 N. 2 scheint ihr Ziel zu verfehlen, wenn sie dazu dienen soll, die Stellung der Klag- und Stipulationsformeln im Julianischen Album zu erklären.

[13]) Diese Zeitbestimmung hat L. Friedländer Sittengeschichte Roms III S. 470—476 (5. Aufl.) wahrscheinlich gemacht.

erzählt (XIV. 2, 1) von seinen Bemühungen, aus Büchern das *officium iudicis* kennen zu lernen und bemerkt bei dieser Gelegenheit: *in dierum .. diffissionibus conperendinationibusque et aliis quibusdam legitimis ritibus ex ipsa lege Iulia et ex Sabini Masurii et quorundam aliorum iurisperitorum commentariis commoniti et adminiculati sumus.* Unbefangene Auslegung dieser Worte führt zu der anderwärts[14]) genauer begründeten Annahme einer Anzahl von Erläuterungsschriften des Masurius Sabinus und Anderer zur Lex Julia *de iudiciis privatis.* Im zweiten christlichen Jahrhundert ist vermutlich der Inhalt dieser Commentare teilweise übergegangen in die Alles umfassenden Digesta, auch wohl in die Actionenbücher; später hauptsächlich in die *libri ad edictum.* Hätten noch Ulpian und seine Zeitgenossen nach dem Vorbild des Sabinus Schriften *ad legem Iuliam* oder *de iudiciis privatis* herausgegeben, so wäre uns schwerlich alle Kunde davon verloren[15]).

Ob diese späteren Juristen bei der Darstellung des gerichtlichen Verfahrens abgingen von der exegetischen Methode, das wird sich nicht feststellen lassen. Wahrscheinlich ist ein Fortschritt in dieser Richtung nicht; und auch die Behauptung möchte ich wagen, trotz der dürftigen Überlieferung, dass die eigentliche Processtheorie — abgesehen von der Formellehre — in Rom niemals der Privatrechtswissenschaft ebenbürtig war. Wenn die letztere

---

[14]) In der Ztschr. für Privat- u. öffentl. Recht Bd. XIX (1892). Der Commentar des Sabinus zur Julischen Gerichtsordnung ist, wie ich nachträglich sehe (vgl. Bd. I S. 202 N. 1 u. Ztschr. f. R.G.R.A. Bd. XXII S. 384), den neueren Gelehrten ganz unbekannt.

[15]) Man könnte freilich die Berl. Fragm. *de iudiciis* (oben N. 6 a. E.) einer solchen Schrift zuweisen. Doch wie vielen anderen auch?

wahrhaft monumentale Begriffe geschaffen hat, wie das Sachenrecht, die Obligation, die Contracte, welche noch heute zum festen Bestand unserer Civilistik gehören, so ist gewiss in der römischen Processlehre Nichts nachzuweisen, was solchen Leistungen nur entfernt gleichkäme. Die Aufgabe, den processrechtlichen Stoff zurückzuführen auf die grundlegenden Gedanken, den inneren Zusammenhang der Normen darzulegen und ein System aufzubauen, haben die klassischen Juristen, so weit wir blicken können, nicht gelöst. Nur an den Punkten, wo Privat- und Processrecht in innigste Berührung treten[16]), wo das Verfahren eingreift in das Dasein des streitig gewordenen Rechtes, da sehen wir schon die alten Prudentes mit Eifer und Erfolg am Werk. Im Übrigen aber dürfte die Processlehre auch in der Kaiserzeit, trotz der Commentare zur Lex Julia, grossenteils im Schlepptau der mannigfaltigen Actionenlitteratur geblieben sein.

Dies ist der Eindruck, der sich nach meinem Ermessen aus den erhaltenen Fragmenten ergibt. Gegen die Gefahr der Widerlegung durch neue Entdeckungen ist das Gesagte natürlich nicht gesichert. Auch wären vielleicht Manche geneigt, schon auf Grund des gegenwärtigen Quellenstandes eine andere Ansicht zu vertreten. Indessen dürfte doch das obige Urteil kaum allzu ungünstig befunden werden, da nach der herkömmlichen Anschauung der Ruhm der alten Juristen nur durch Arbeiten auf privatrechtlichem Gebiete gewonnen ist[17]).

---

[16]) Vgl. übrigens Ihering Geist III[1] § 50 S. 18, 19 (3. A.).

[17]) So neuestens auch Krüger Quellen S. 47: „Das Arbeitsfeld der Juristen war fast ausschliesslich das Privatrecht". Doch sollen wir vielleicht „Privatrecht" in weiterem Sinne verstehen, da ihm nur

§ 18. Der römische Processbegriff — Process und Processmittel *(iudicium-actio)*.

Waren die Bemühungen der Prudentes in Rom weniger dem formellen als dem materiellen Rechte zugewandt, so könnte Jemand Zweifel hegen, ob er den klassischen Juristen die uns geläufige Vorstellung des „Civilprocesses" als einer Folge von Handlungen, die zur Einheit[1]) verbunden sind, überhaupt zuschreiben dürfe. Wie es scheint wird diese Frage von den neueren Schriftstellern nicht besonders erwogen. Doch ist es sicher Mehr als Zufall, dass die heutigen Lehr- und Handbücher, welche blos römisches Recht darstellen[2]), den Processbegriff nur voraussetzen, nicht erörtern, und dass sie durchaus Stillschweigen bewahren über die Auffassung der Pandektenjuristen. Der Ausdruck *processus*, den wir gewöhnlich gebrauchen, um ein geregeltes Gerichtsverfahren anzuzeigen, ist bekanntlich erst mittelalterlichen Ursprungs. Hatten etwa die Römer dafür kein Wort? Und wenn das Wort fehlte, hat nicht auch der Begriff in ihrem Bewusstsein nur eine geringe Rolle gespielt, oder gar keine, weil er überhaupt nicht vorhanden war?

Nur die erste[3]) Frage ist meines Wissens eingehender

---

das „Verfassungsrecht" gegenübergestellt ist. Vgl. noch Heffter System d. Civilprocessrechts S. 8 zur N. 16.

[1]) Vgl. Wach Hdb. d. deutschen Civilprocessrechts Bd. I S. 34—37, Planck Lehrb. d. deutschen Civilprocessrechts Bd. I S. 492, 500.

[2]) Anders die Processualisten, welche modernes Recht behandeln; so Wetzell System § 1, A. Menger Öst. Civilprocess Bd. I § 3, Wach Handb. Bd. I § 3, 4, Planck Lehrb. Bd. I § 3.

[3]) Zur zweiten finde ich eine kurze Bemerkung bei Bethmann-Hollweg Civilproc. Bd. I S. 102.

behandelt und in verneinendem Sinne beantwortet von Bethmann-Hollweg, der wohl damit eine von Vielen geteilte Ansicht ausdrücklich feststellt. Den römischen Quellen — so behauptet man — sei „merkwürdiger Weise ein zusammenfassender Name“ für den „ordentlichen Rechtsgang in Civilsachen“ unbekannt[4]); erst von den Neueren sei dafür die Bezeichnung *ordo iudiciorum priuatorum*[5]) gewählt. Dieser Name selbst soll nicht bekämpft werden; er lässt sich rechtfertigen durch Verweisung auf das *ius ordinarium* Ulpians[6]) und den *ordo et exitus interdictorum* bei Gaius IV. 161. Dagegen ist es zweifellos unrichtig, wenn man meint, eine Lücke auszufüllen, welche die Terminologie der Quellen aufweise. Statt vom Mangel könnte eher vom Überfluss die Rede sein, da die Römer mehrere Worte

[4]) Ich verbinde das von Bethmann-Hollweg Civilprocess Bd. II auf S. 189 und auf S. 654 Gesagte; vgl. dazu Puchta Instit. Bd. I § 150 (S. 426), Keller Civilpr. § 1 (S. 4), Kuntze Cursus § 225 (S. 139).

[5]) Nach Gradenwitz Zwangsvollstreckung und Urteilssicherung S. 1, 2 wären dieser „*ordo*“ und unser „Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten“ nicht einmal „ähnliche“, sondern „ganz verschiedene Dinge“.

[6]) In l. 178 § 2 D. de V. S. (50, 16) will Ulpian feststellen, welchen Sinn das Wort *persecutio* hat, wenn es (z. B. in rechtsgeschäftlichen Urkunden) neben *actio* oder *actio petitio* vorkommt. An sich gewiss geeignet, denselben Begriff zu vertreten wie *actio*, zeige es neben diesem Ausdruck die Extraordinarpersecutionen an, diejenigen, *quae non habent iuris ordinarii executionem* („welche nicht verfolgt werden können [vgl. Gai. II. 252 in f., Frontin. de controvers. p. 44 Z. 6, 7 Lachmann, Ulp. Dig. 47, 1, 3, Paul. Dig. 45, 1, 85, pr.] im Ordinarprocess“, d. h. im civilen oder praetorischen Formelprocess). Diesen ganz klaren Ausspruch Ulpians, der auch massgebend ist für die Auslegung der l. 10 D. eod. (Ulp.), sucht Ubbelohde bei Hartmann Ordo I S. 478, 479 vergeblich anders auszudeuten, um meine Auffassung der beiden Fragmente in den Krit. Studien S. 71—76 als „willkürlich“ ablehnen zu können. Andere Stellen mit *ius ordinarium* sind aufgezählt in den Studien S. 81—84.

hatten, welche den ganzen Process bezeichnen von der Begründung an, die durch Vertrag geschieht, bis zum Urteil. In älterer Zeit diente diesem Zweck, um von der *lis*[7]) zu geschweigen, der Ausdruck *actio*, in neuerer neben diesem der Ausdruck *iudicium*[8]). Der erstere wird hauptsächlich für das Spruchverfahren gebraucht, der letztere für den Formularprocess, mit dem wir uns hier allein zu beschäftigen haben. Den Nachweis dafür, dass *iudicium* in der That nicht blos in engerer Bedeutung zur Bezeichnung des Verfahrens vor dem Geschworenen[9]) vorkomme, sondern häufig auch das Agiren vor dem Praetor

---

[7]) Es genügt, an das *litem contestari*, *litem ordinare* [Belege in meiner Litiscontestation S. 72, 74, 75 (Festschrift für Windscheid)] und an die *lis quae moritur* (bei Gai. IV. 104) zu erinnern; dazu etwa Gai. IV. 83, 84, Ulp. Dig. 5, 1, 10. *Lis* ist jedenfalls älter als *iudicium* in der Bedeutung „Gerichtsverfahren"; vgl. Liv. I c. 32, Varro l. l. V. 36 § 180, VII. 5 § 93. Vermutlich ist die jüngere Bezeichnung zuerst aufgekommen für den honorarischen Formularprocess (insbesondere im Fremdengericht), der wohl ursprünglich nicht als *lis* erschien, weil er nicht durch Volksgesetz geregelt war. So erklärt sich vielleicht im Auct. ad Herenn. IV c. 23 § 33: *ex lite aut iudicio;* s. auch Cic. de orat. II c. 24 § 99, Suet. IV c. 40. Anders deutet Karlowa Legisactionen S. 67 die beiden erstgenannten Stellen, denen er noch Cic. in Verr. III c. 13 § 32 anreiht. Allein in dem Satze: *persequi lite atque iudicio* ist das letzte Wort m. E. (arg. § 33 ibid.) auf das im Edict versprochene Recuperatorengericht zu beziehen und nur *lite* mit „Process" zu übersetzen. Endlich bei Cic. in Verr. III c. 10 § 26 könnte *lis atque iudicium* das „Verfahren vor dem Praetor und vor dem Geschworenen" anzeigen. — Über *negotium* = *lis* s. Wlassak Neg. gestio S. 57.

[8]) Über den Grund dieser Änderung des Sprachgebrauchs vgl. meine Litiscontestation S. 19, 20, 85, 86 und unten S. 13, 35, 36, 51, 52, 56—59.

[9]) Vgl. statt Aller A. S. Schultze Privatrecht I § 29 u. Gradenwitz Interpolationen S. 104, 105. Wetzell System § 1 N. 6 (3. A.), Wach Hdb. Bd. I S. 3 N. 1 u. A. kennen zwar das *iudicium* im weiteren Sinne, denken aber wohl nur an den nachklassischen Process; s. auch Bekker in der Ztschr. f. R. G. Bd. IX S. 372.

per concepta verba mitbegreife, glaube ich schon oben im § 2 erbracht zu haben. Die dort[10]) gegebene Grundlage war unentbehrlich für das in den früheren Capiteln Gesagte und ist von nicht geringerer Wichtigkeit auch für das Folgende. Es handelt sich also um einen Lehrsatz, auf den das grösste Gewicht gelegt werden muss. Darum dürfte es wohl Entschuldigung finden, wenn eine früher bereits erledigte Frage hier nochmals aufgenommen wird, um vor Allem die obige Aufstellung zu schützen gegen die seit dem Erscheinen des I. Bandes der „Processgesetze" (1888) in Rezensionen und sonst geäusserten Bedenken. In diesem Zusammenhang soll sofort auch das Verhältniss der Klagformel zum Process kurz erörtert werden, weil offenbar durch die in dieser Sache obwaltende Unklarheit die richtige Erkenntniss der verschiedenen Bedeutungen von *iudicium* am meisten gefährdet ist.

Meine eigene Ansicht glaube ich in wenige Worte fassen zu können, ohne mit Grund ein Missverständniss fürchten zu müssen. Die Klagformel und den Process bezeichnen die Römer in alter wie in klassischer Zeit mit demselben Ausdruck. *Actio* ist ihnen die Spruchformel, aber auch der Process mit Spruchformel; *iudicium* die Schriftformel, aber auch der Process mit Schriftformel. Die eine Bedeutung ist von der anderen so verschieden, dass die Gleichheit des Namens niemals die Sonderung in Gedanken verhindern konnte. Das Verhältniss aber, in dem die beiden Begriffe zu einander stehen, ist folgendes: die Formel kann gedacht werden ohne Process, wie die Waffe

---

[10]) Vgl. dazu noch Wlassak L. C. S. 19, 20 (u. N. 3), 56, 58, 85, 86.

ohne Kampf; dagegen ist kein ordentliches Gerichtsverfahren möglich ohne Formel. Der römische Process setzt sich bekanntlich zusammen aus einer Reihe von Vorgängen, in denen allen die Klagformel eine sehr wichtige Rolle spielt. Noch ehe nach römischer Anschauung die eigentliche Lis beginnt, ist schon die vorbereitende Thätigkeit der Parteien wie des Magistrats gerichtet auf Feststellung der Formel. Sobald dies geschehen, wird nun der Process damit eröffnet, dass die Parteien mit der Formel agiren, m. a. W. die Lis contestiren *per concepta verba*. Endlich bewegt sich auch das Verfahren vor den Geschworenen durchaus auf der durch die Formel vorgezeichneten Grundlage; vor dem Judex wird also verhandelt auf Grund der Formel *(ex formula)*. Mithin sind die mündlichen wie die schriftlichen *concepta uerba* zwar nicht der Process selbst, so wenig vom Kampfe die Rede sein kann so lange die Waffen noch ruhen; wohl aber ist die Formel das Instrument[11]), mit dem in Rom procedirt wurde, die Waffe sowohl des Klägers wie des Beklagten[12]). In der That beherrscht sie vom Anfang

---

[11]) *Agere*, *petere*, *experiri actione* oder *iudicio*, auch *per actionem*, dann *uti actione* oder *iudicio* liest man in den Pandekten so häufig, dass Citate fast entbehrlich sind. Hier ein paar Stellen, die ich aufs Geratewohl herausgreife: Dig. 2, 13, 1, pr. — 4, 9, 3, 5 — 4, 9, 6, 4 — 6, 1, 36 — 6, 1, 39, 1 — 6, 1, 46 — 6, 2, 3, 1 — 6, 2, 7, 16 — 6, 2, 7, 17 — 10, 3, 4, 1 — 10, 3, 6, pr. — 10, 4, 3, 7 — 17, 1, 12, 7 — 17, 1, 12, 8 — 19, 1, 11, pr. — 44, 7, 32 — 46, 7, 13, 1 — 46, 8, 15; dazu etwa Frontinus Lachm. I p. 44 Z. 8, Gai. II. 278 u. Weiteres in meiner L. C. S. 14 N. 1 a. E. Aus pr. J. de p. iud. (4, 18) ergiebt sich, dass Privatprocesse (*iudicia*) *per actiones ordinantur*. An der klassischen Herkunft dieser Worte ist kaum zu zweifeln.

[12]) Vgl. Fragm. Atestinum Z. 5, 6: *iudicio certare*, S. C. de Asclepiade Z. 3 (*iudi*)*cio certare* (Bruns Font. p. 160), Ulp. Dig.

bis zum Ende das Verfahren, und so musste sich dieses den Römern, trotz der Teilung in zwei Abschnitte, nicht blos als eine Folge von Handlungen darstellen, sondern auch als Einheit, die eben hergestellt war durch die der Formel überall zugewiesene massgebende Bedeutung.

Die vorstehende Ausführung wird vielleicht manchem Leser nur Dasjenige vor Augen führen, was er längst ebenso beurteilt. Mich selbst hat seinerzeit die Besorgniss, dem Vorwurf des actum agere zu begegnen, verhindert, das hier Gesagte schon in das erste Capitel dieser Schrift aufzunehmen. Es schien genügend, wiederholt [13]) und mit allem Nachdruck die Notwendigkeit zu betonen, Formel und Verfahren, Actionen- und Processrecht gehörig auseinanderzuhalten und so die Warnung des Gaius in IV. 109 zu befolgen. Hat doch Keller seinen wertvollen „Abriss“ überschrieben: Der römische Civilprocess und die Actionen, ohne diesen Titel besonders zu erklären; und die meisten Institutionen- und Pandektenbücher wollen das römische „Actionenrecht“ darstellen, während sie die Processlehre ausschliessen und anderen Werken zuweisen. Demnach möchte man glauben, dass die saubere Abgrenzung der beiden Gebiete längst zum Gemeinbesitz unserer Wissenschaft gehöre. Leider trifft diese Annahme nicht zu, da sich noch bei Schriftstellern der allerjüngsten Zeit Äusserungen finden, die nur auf mangelhafter Erfassung der in Rede stehenden Begriffe beruhen können.

25, 3, 5, 18 (*praeiudicio certare*), auch Cic. p. Tull. c. 4 § 8, c. 18 § 42, p. Caec. c. 1 § 1, Fragm. or. A. IX. 2 (C. F. W. Müller), und über *iudicio se defendere* meine Litiscontestation S. 39, 40.

[13]) Bd. I S. 28, 29 (u. N. 3), 30, 31, 42, 43, 53 N. 9, S. 153, 163, 164, 254, 260, 269 N. 66.

So berichtet Lothar Seuffert in einer Anzeige[14]) des I. Bandes der „Processgesetze", es sei darin „im hohen Grade wahrscheinlich gemacht, dass wir unter *iudicia legitima* diejenigen Processe zu verstehen haben, welche der Magistrat nach den Vorschriften eines Volksgesetzes instruirt"; und fährt dann fort: „**Daraus erklärt sich**, warum auf der Gerichtstafel ein *iudicium dabo* nur dem Klagschema honorarischen Ursprungs voranging, während die Formulare zu den Civilklagen ohne Edict proponirt waren; Edicte über eine Actio, die zum *iudicium legitimum* führt, waren nicht blos überflüssig, sondern unmöglich". Diese letztere Behauptung hat mir der genannte Rezensent mit Unrecht unterschoben; jedenfalls war es meine Absicht, im ersten Capitel (S. 28—31, 42, 43, dazu S. 75—79) ungefähr das Gegenteil davon auszuführen[15]).

Wie es scheint erblickt L. Seuffert in der „Actio" (= „Formular") den Keim, aus dem das „Judicium" sich entwickelt[16]), und möchte wohl aus der legitimen Actio legitimen Process hervorgehen lassen, ebenso aus der praetorischen Actio praetorischen Process[17]). Allein diese An-

---

[14]) In der Deutschen Litteraturzeitung von 1888 Nr. 25 S. 913. — Dass der Cicerotext, mit dem meine „Einleitung" bekämpft wird (S. 912), falsch und in keiner neueren Ausgabe enthalten ist, hat L. Seuffert später selbst zugestanden a. a. O. S. 1030.

[15]) Auf S. 42 ist sogar ausdrücklich dem *iudicium leg.* und *imp. cont.* gegenübergestellt als ein „anderes Begriffspaar" die *actio legitima* und *praetoria.*

[16]) Vgl. Dig. 3, 5, 37, 1 (Mo. 36, 1) angeblich aus Paulus Sent.: *tempore litis ex ea actione contestatae;* doch findet sich im Westgothischen Paulus I. 4, 3 nur: *tempore litis.*

[17]) Von dieser Anschauung geht auch Zimmern Civilprocess S. 91 aus, in dessen Darstellung (§ 34) die Verwechselung von Process und Klagformel am deutlichsten hervortritt; und jetzt noch (1890) R. Leon-

schauung muss Jeder sofort für widerlegt halten, der die Mühe nicht scheut, Gai. IV. 109 aufmerksam zu lesen. Man erwäge nur folgendes einfache Beispiel. Zwei römische Bürger contestiren vor dem Stadtpraetor in Rom eine Lis mit der praetorischen Actio iniuriarum. Ist etwa das so begründete *iudicium* ein *imperio continens* wegen der honorarischen Herkunft der Formel? Keineswegs! Vielmehr ist das Judicium legitim, wenn der Praetor zur Entscheidung der Streitsache einen Judex[18]) ernannt hat, der Bürger ist, weil in diesem Fall das Verfahren unter der Herrschaft der Lex Julia steht. Sind dagegen Recuperatoren zum Spruche berufen, so unterliegt der Process aus diesem und nur aus diesem Grunde praetorischen Rechtsnormen, ist also ein *iudicium, quod imperio continetur.*

Eisele sucht in seinen neuesten „Abhandlungen[19]) zum römischen Civilprocess“ (1889) wieder die alte, oben

hard Die Eideszuschiebung in Familienprocessen S. 161: „Die Sponsio praeiudicialis erzeugte zu Rom unter röm. Bürgern ein Judicium legitimum, die Formula praeiudicialis nur ein Judicium imperio continens“. Vgl. übrigens Bd. I S. 28 N. 3, und gegen Leonhard meine L. C. S. 67 Abs. 2.

18) S. Bd I S. 107 N. 10.

19) S. 67—109 (Abh. II). Wie der Verf. S. 100 berichtet, sind ihm meine „Processgesetze I“ erst nach Vollendung seines II. Aufsatzes zugekommen. Doch fügte er einen polemischen Nachtrag (S. 100—109) hinzu, um seine Ergebnisse aufrecht zu erhalten. Genau gelesen hat indess Eisele mein Buch gewiss nicht. Beweis dafür nebst Anderem die beiden S. 105 N. 27 an mich gerichteten Fragen. Die Antwort auf die erste ist im I. Bd. wiederholt (S. 165, 191, 193) angedeutet; die zweite Frage ist ganz ausdrücklich gelöst: Bd. I S. 272, dazu S. 34, 35, 37 und jetzt noch das Bd. II S. 24 abgedruckte fr. Ulp. XI. 3. Eine „Abwehr“ gegen Eisele wäre hier nicht am rechten Ort. Auch ist Aussprüchen gegenüber wie dem auf S. 109, wo es ohne Begründung heisst: „etwas Durchschlagendes sei in keiner Weise vorgebracht“ (gegen die Beschränkung der Aebutia auf ein bestimmtes

im 2. Capitel verworfene Ansicht zu verteidigen, dass die Lex Aebutia nur bei einzelnen Actionen den Process verändert habe. Unberührt sei unter Anderem das Verfahren mit den später sogenannten bonae fidei Judicia geblieben. Für diese Annahme hätten wir Beweisgründe in Ciceros Schriften, wo die erwähnten Klagen als *sine lege iudicia*, als *arbitria* und einmal als *arbitria honoraria* begegnen. „Daraus" — heisst es weiter (S. 88) — „ist mit Sicherheit zu entnehmen, dass sie in die Lex Aebutia nicht mit einbezogen waren". Diese Äusserung ist nur zu begreifen, wenn ihr Urheber von der Meinung ausgeht, dass durch das Aebutische Gesetz alle Actionen, für die es Geltung beanspruchte, legitim wurden, mithin seit diesem Gesetze nicht mehr *arbitria honoraria* heissen konnten. Solchem Irrtum wird in der That Derjenige leicht verfallen, dem die Sonderung von Formel und Verfahren unbekannt ist[20]. Aufklärung aber hätte

---

Actionengebiet — vgl. aber Pernice in Holtzendorffs Encyclopädie S. 127 — 5. A. 1889), eine wissenschaftlich fruchtbare Replik gar nicht möglich. Nur zu der Ausführung (S. 106—109) wider meine Auslegung von Cic. in Verr. II c. 12 § 31 (Bd. I S. 115—121) sei die Bemerkung gestattet, dass mein Gegner gerade die Gründe, welche ich für „durchschlagend" erklärt hatte (S. 120, 121), mit Stillschweigen übergeht. Inzwischen hat sich — ohne Kenntniss meiner Abhandlung — Jörs R. Rechtswissenschaft I S. 168, 169 N. 2 (s. Vorw. p. VII) für die von mir vertretene Auffassung der Ciceronischen Formel ausgesprochen; jüngst (1890) auch P. Krüger Münch. krit. Vierteljahrsschr. Bd. XXXII S. 326.

[20]) Verworrenheit — wenigstens im Ausdruck — zeigt auch folgender Satz in Eiseles „Abhandlungen" S. 102, 103: „Die Lex Julia iudiciaria gab Bestimmungen über das Verfahren in (so!) dinglichen Klagen, über iudicia bonae fidei, auch über actiones (= Klagformeln) in factum, jedenfalls insofern, als sie auch bezüglich der über solche Ansprüche eingesetzten iudicia (= Gerichte, denn das Ver-

vermutlich schon die Frage gebracht, ob es die Quellen gestatten, der Lex Julia die nämliche Einwirkung auf die Actionen zuzuschreiben, welche angeblich der Aebutia zukam. Eisele (S. 102—104) sieht die beiden Gesetze anscheinend für gleichartig an; nur „umspanne" das jüngere einen grösseren „Kreis von Judicia" als das ältere. Durch das Julische sei der „Begriff des Judicium legitimum so erweitert, dass er seither kein materielles Moment (persönliche Klage, civiler Anspruch) mehr enthalte" (S. 103). Darnach dürfte offenbar im „gesetzlichen Processe" der Kaiserzeit keine honorarische Actio mehr vorkommen; denn die Lex Julia hätte schon jede Klage dieser Art legitimirt. Nun ist aber im Gegenteil der legitime Process mit Actio praetoria nach dem klaren Berichte des Gaius IV. 109 und 107 eine unbestreitbare Thatsache. Eisele steht somit vor einem noch aufzulösendem Rätsel, wenn er es nicht vorzieht, seine unhaltbare Grundanschauung preiszugeben.

Der Vorwurf, Actio und Process ungebührlich zu vermischen, trifft auch Paul Jörs, den Verfasser des tüchtigen und musterhaft schön geschriebenen Buches über die Röm. Rechtswissenschaft der Republik I (1888). Nicht zum Vorteil des Werkes sind Excurse eingefügt über die Anfänge der Klagformeln, über die Lex Aebutia und Julia (S. 156—198). Die genannten Gerichtsordnungen bezeichnet Jörs wiederholt als Gesetze, die den „Process" betrafen; doch ist ihm der Inhalt dieser Leges so wenig klar geworden, dass er die *iudicia legitima* und *imperio continentia* in einer Note (2 auf S. 177) mit den Worten ab-

fahren wird nicht „eingesetzt") Processverjährung festsetzte". Die eingeklammerte Übersetzung soll auf das Fehlerhafte aufmerksam machen.

fertigt, diese „Unterscheidung beruhe auf dem hier nicht weiter zu behandelnden Gegensatz von Imperium im engeren Sinne und Jurisdiction“ [21]). Dafür werden wir (S. 163 N. 1) belehrt, „dass das Aebutische Gesetz sich nur mit dem landrechtlichen Process befasste, während die weltrechtlichen Actionen ohne Vermittlung dieses Gesetzes im Rechtsverkehr der Bürger unter einander Eingang fanden. Die praetorischen Klagformeln seien also gleich dem materiellen Weltrecht ganz allmälich nach und nach recipirt“ . . . und nochmals S. 179, 180: durch die Lex Aebutia ist „der landrechtliche Process umgestaltet. Allein für dies Gebiet traf das Gesetz Bestimmungen: es ist durchaus ungerechtfertigt dasselbe auf die weltrechtlichen und die speciell-praetorischen Actionen auszudehnen“. Jörs bedenkt nicht, dass im „landrechtlichen“ Process mit praetorischer Actio und umgekehrt im praetorischen Process mit „landrechtlicher“ Actio agirt werden konnte.

Die Möglichkeit dieser Combination und daneben die Doppeldeutigkeit des Ausdrucks *iudicium*, welcher bald auf den Process geht, bald auf die Klagformel (statt *actio*), ist meines Erachtens von Gaius im § 109 des IV. Buches ausdrücklich hervorgehoben. Nach dem Angriff, den jüngst Gradenwitz [22]) gegen diese oben (§ 2) kurz begründete Be-

---

[21]) Diese bereits von Puchta Civ. Schriften S. 526, 527 — freilich in ungenügender Weise — bekämpfte Ansicht ist keineswegs so verbreitet, wie Jörs wohl annimmt. Von den 6 Schriftstellern, auf die er sich l. c. beruft, hat nur ein einziger die Parallelisirung von *iurisdictio-imperium* und *iudicium legit.-imp. cont.* angedeutet: Lenel Edict S. VIII, 20—22, 25, 33 nach dem Vorgang von Mommsen in Bekkers Jahrb. Bd. II S. 329 N. 10, Staatsrecht I S. 187, 189 N. 1 (3. A.); vgl. auch Willems Droit public p. 233 (6. Aufl. — 1888).

[22]) In der Ztschr. f. R.G.R.A. Bd. XXII S. 186.

hauptung gerichtet hat, muss dem früher Gesagten noch Einiges beigefügt werden. Die Stelle, von der auf S. 28 (Bd. I) nur ein Stück abgedruckt ist, lautet vollständig so:

Ceterum potest ex lege quidem esse iudicium, sed legitimum non esse; et contra ex lege non esse, sed legitimum esse. nam si uerbi gratia ex lege Aquilia uel Ollinia[23]) *uel Furia in prouinciis a g a t u r, imperio continebitur i u d i c i u m; idemque iuris est et si Romae apud recuperatores a g a m u s, uel apud unum iudicem interueniente peregrini persona; et ex diuerso si ex ea causa ex qua nobis edicto praetoris datur a c t i o, Romae sub uno iudice inter omnes ciues Romanos accipiatur i u d i c i u m, legitimum est.*

Der erste Satz ist folgendermassen zu übersetzen: „Übrigens kann das *iudicium*, d. h. die Klagformel aus einem Volksgesetz herstammen, und doch das *iudicium*, d. h. der Process nicht legitim sein; und umgekehrt kann das *iudicium* in der ersteren Bedeutung der volksgesetzlichen Grundlage entbehren, trotzdem aber in anderem Sinne legitim sein".

Diese Auffassung muss sich, wie ich glaube, Jedem aufdrängen, der den § 108, welcher offenbar nur eine Zwischenbemerkung enthält, bei Seite lässt und dann den ganzen Abschnitt (§ 103—109) im Zusammenhang liest. In den § 106, 107 bezeichnet Gaius den Process und das

---

[23]) *Ollinia* steht deutlich in der Handschrift, dürfte aber fehlerhaft sein. Huschke Jurisprudentia p. 382 N. 2 (ed. V) will statt dessen *Publilia* lesen und setzt dabei voraus, dass die später genannte *Furia* das bei Gai. III. 121, 121[a], 122, IV. 22 erwähnte Gesetz sei; vgl. auch Lenel Edict S. 171. Allein dies Letztere ist doch nicht sicher; s. Huschke selbst in der Ztschr. f. gesch. R.W. Bd. XIII S. 311, 312.

Mittel der Processführung mit zwei verschiedenen Worten: dieses heisst *formula*, jener *iudicium*. Dagegen ist im Anfang des § 109 das Durcheinander von Civil- und Honorarrecht, wie es im gerichtlichen Verfahren vorkommen kann, mit Verwertung der Doppelbedeutung von *iudicium* in einer absichtlich paradoxen, vielleicht in den Schulen hergebrachten Fassung hervorgehoben. So nahe es lag, dieser Erscheinung besonders zu gedenken, so enthält doch der zweigliedrige Lehrsatz des § 109 in der That Nichts, was nicht schon aus § 106 und 107 mit aller Sicherheit abzuleiten wäre. Übrigens erinnert sich auch Gaius sofort seiner Aufgabe, ein „planer" Schriftsteller zu sein, und erläutert darum die beiden zunächst in sprichwörtlicher Kürze hingestellten Behauptungen, indem er sie einzeln in genauerer Ausdrucksweise wiederholt und durch eingefügte Beispiele gegen jedes Missverständniss zu schützen sucht. Dem *ex lege iudicium* des ersten Satzes entspricht im zweiten das *agere ex lege Aquilia* etc., ebenso dem *legitimum non esse* das *iudicium imperio continens;* und in gleicher Weise dem *iudicium non ex lege* des Eingangssatzes die *actio edicto praetoris data* im zweiten, während das *legitimum esse* dort auch hier im Schlusssatz als *iudicium legitimum* wiederkehrt. Demnach handelt es sich überall unwidersprechlich um den Gegensatz von *actio* = Formel und *iudicium* = Process.

Den Sinn der klaren Darlegung des Gaius den „Interpolationen" (V) zu Lieb zu verkennen, dazu gehört einiger Mut. Indess ist diese Leistung dem Rezensenten Gradenwitz völlig gelungen. Freilich tritt man ihm vielleicht zu nahe, wenn man annimmt, er habe mit voller Aufmerksamkeit von der Institutionenstelle Mehr gelesen als die im I. Bd. S. 28 ab-

gedruckten Worte. Man sollte ja glauben, der Schlusssatz mit den Beispielen lasse schlechterdings keinen Zweifel bestehen und müsse Jedermann auch über den Sinn des vorher Gesagten die Augen öffnen. Wie dem auch sei, Gradenwitz unternimmt es, meine Auslegung zu ersetzen durch eine wesentlich andere, vor der ich übrigens im § 2 ausdrücklich gewarnt hatte. Seiner Meinung nach beschäftigt sich Gaius nicht mit dem Gegensatz von Process und Klagformel, denn *iudicium* bedeute l. c. „beide Male das einzelne Geschwornengericht"; vielmehr wolle er nur den Unterschied des *ex lege* und des *legitimum esse* betonen, denn diese Ausdrücke seien „durchaus nicht identisch" [24]).

„*Ex lege*" — fährt G. fort — „heisst: aus irgend einer Lex, *legitimus* heisst meistens aus der Lex, d. h. der einzigen, die solche Dinge regelt. Z. B. aetas = legis Plaetoriae = 25 Jahre, hereditas = legis XII tab., tutela = XII tab. Bei der Tutela kann man den Gegensatz zwischen *legitimus* und *ex lege* ganz vollständig analog dem der Judicia bei Gai. IV. 109 verfolgen. *Legitimum* ist das Judicium, das ex lege Aebutia ist. *Ex lege* (aber nicht *legitimum*) ist das Iudicium imperio continens, das ex lege (Aquilia etc.) vom Magistrat gegeben wird. So ist Tutor *legitimus* der Tutor ex lege XII tab., dagegen Tutor *ex lege* (aber nicht *legitimus*) derjenige, der ex lege Atilia vom Magistrat gegeben wird (pr. J. 1, 20)".

Mit erstaunlicher Sicherheit wird hier eine Lehre vorgetragen, die ganz gewiss nicht aus den Quellen gewon-

---

[24]) Zu Gai. IV. 109 bemerkt übrigens im Jahre 1883 Fioretti Legis actio sacramento p. 78, die Unterscheidung, *che il pretto linguaggio dei giuristi romani fa tra ex lege e legitimum*, sei *notissima*; s. auch Cogliolo Eccezione di cosa giudicata I p. 21.

nen ist. Denn diese sagen gerade in Betreff des Tutor *legitimus* genau das Gegenteil von dem, was Gradenwitz sich erdacht hat.

Ulp. XI. 3:

Legitimi tutores sunt, qui ex lege **aliqua** *descendunt*[25]*: per eminentiam autem legitimi dicuntur, qui ex lege duodecim tabularum introducuntur, seu palam, quales sunt agnati, seu per consequentiam, quales sunt patroni.*

Im selben eigentlichen (= *ex lege aliqua*[26]), nicht im engeren Sinn (= *ex l. XII tab.*) ist augenscheinlich von *tutores legitimi* auch bei Ulp. XI. 2 die Rede.

Die Deutung, die mein Gegner der Ausführung des Gaius angedeihen lässt, wird einer besonderen kritischen Beleuchtung nicht bedürfen. Es genügt, sich einen Augenblick den Anweisungen von Gradenwitz zu fügen und so eine Übersetzung und Erläuterung der Stelle zu versuchen. Das Ergebniss, zu dem man auf diesem Wege gelangt, ist, wie sich sofort zeigen wird, geradezu unsinnig. Fragen wir also, was die Institutionen a. a. O. lehren, wenn wirklich *iudicium legitimum* „beide Male" das auf der Lex Aebutia beruhende einzelne Geschwornengericht bedeutet.

Gaius würde sagen: „Übrigens kann das einzelne Geschwornengericht aus irgend einer Lex herstammen und doch nicht legitim sein" (weil nur das Aebutische diesen Namen verdient); „und es kann umgekehrt nicht auf

---

[25]) Vgl. auch Paul. l. 6 D. de pact. (2, 14): *Legitima conuentio est quae lege* **aliqua** *confirmatur* . . . . Die von Pernice in d. Ztschr. f. R.G.R.A. Bd. XXII S. 198 N. 4 gegen die Echtheit der Stelle erhobenen Bedenken treffen die hier mitgeteilten Worte nicht.

[26]) S. Ulp. XI. 18—20; dazu Wlassak Krit. Studien S. 32.

irgend einer Lex beruhen und trotzdem legitim sein" (! — weil es doch die L. Aebutia zur Grundlage hat).

Wie bedenklich es wäre, dem Gaius einen solchen Ausspruch zuzumuten, der zum Teil unerlaubt trivial zum anderen Teil widersinnig ist, und der überdies an schülerhafter Unbeholfenheit im Ausdruck leidet, das werden wohl auch Diejenigen zugestehen, welche den fälschlich sogenannten „Provincialjuristen" für den geringsten unter den römischen Klassikern ansehen. Und hätte Gaius, was so gut wie undenkbar ist, wirklich im Sinne von Gradenwitz geschrieben, so müsste notwendig die oben in Klammern eingeschlossene Erklärung sofort im folgenden Satze beigefügt sein, da sonst eine ganz rätselhafte Äusserung vorläge, deren richtige Auslegung der Institutionenverfasser von seinen Lesern unmöglich erwarten konnte. Woher sollten diese auch wissen, dass ein Judicium ex lege aliqua niemals *legitimum* sei, wohl aber das Judicium ex lege Aebutia?

Endlich erscheint in der Ausführung meines Rezensenten ein merkwürdiges Judicium[27]) (= einzelnes Geschwornengericht!), das vom Magistrat nach der Vorschrift einer Lex, z. B. der Aquilia, gegeben wird, und trotzdem imperio continetur. Die Lebensfähigkeit dieses Zwitterwesens darf man billig bezweifeln. Ein Judicium imperio continens ist nämlich nach der im I. Band S. 53 N. 9 aufgestellten Ansicht, der Gradenwitz[28]) an-

---

[27]) Kappeyne-Conrat Abhandlungen II S. 328 dürfte Gai. IV. 109 richtig auffassen, übersetzt aber fälschlich *iudicium* „beide Male" mit Process.

[28]) A. a. O. Bd. XXII S. 184, 186; ausdrücklich hat sich Cogliolo Eccezione I p. 20, 21 als Gegner bekannt.

scheinend zustimmt, nichts Anderes als ein (Verfahren und) Gericht des praetorischen Rechtes. Wie soll aber ein amtsrechtliches Geschwornengericht noch obendrein ex lege sein? Was wirklich[29]) auf einer Lex beruht gehört ohne Zweifel zum Jus civile, und ein Institut kann seine Geltung nicht zur selben Zeit auf die Autoritaet des Volkes und des Praetors stützen: Volks- und Amtsrecht schliessen sich bekanntlich aus[30]). Diese und noch andere Schwierigkeiten (wie das unter Bürgern ex lege Aquilia gegebene Recuperatorencolleg), welche dem Rezensenten aus seiner Trutztheorie erwachsen, sind von ihm nicht oder nicht genügend erwogen. Ich aber fürchte, zur Abwehr eines ungefährlichen Angriffs mehr Worte verbraucht zu haben als nötig war. Indessen mögen Andere immerhin anders denken. Drum schien es vorsichtig, Antwort zu geben.

§ 19. *Iudicium* „der ganze Process“, insbesondere „die Streitbefestigung“.

Neben dem auf S. 13—22 geschilderten Verhältniss von *actio* und *iudicium* ist es besonders der durch den letzteren Ausdruck vertretene Begriff des Processes vom Beginn bis zum Ende, der möglichst gesichert werden muss wider gelehrte Anfechtung. Gradenwitz[1]) hat

[29]) Gai. IV. 37, 109 lässt die Parteien auch da *ex lege* agiren, wo die (ficticische) Formel praetorisch und blos die Jntentio legitim ist; s. unten § 28.

[30]) Vgl. Wlassak Kritische Studien S. 39—42.

[1]) A. a. O. Bd. XXII S. 189. Wenn sich Gradenwitz einmal so ausdrückt: „*iudicium* könne nicht das sein, was im Process der Formelerteilung vorangeht“, so muss ich erwidern, dass dies auch meine Ansicht nicht sei. Vor der Zulassung der Formel keine Litiscontestation, und erst mit diesem Acte beginnt der Process; vgl. Wlassak L. C. S. 56.

mir auch in dieser Richtung Widerspruch entgegengesetzt und sehr bald bei Eisele[2]) volle Unterstützung gefunden. Ersterer will zugeben, dass *actio* („eine Benennung vom Verfahren in Jure her") sich als Bezeichnung auf den ganzen Process erstreckt habe; allein „für *iudicium* sei dies nicht der Fall gewesen", das Wort werde nur gesetzt für das Verfahren vor dem Geschworenen[3]). Ebenso erklärt Eisele sehr entschieden: „gerade in der Bestimmung des Begriffs *iudicium legitimum* bei Gai. IV. 104 ist der Ausdıuck *iudicium* zweifellos nur in dem engeren technischen Sinn, von dem Verfahren vor den Geschworenen gebraucht".

Die beste Art, diese Behauptungen zu bekämpfen, ist nicht leicht zu finden, weil sie von Schriftstellern vertreten sind, die gewiss schon mehrere Male Anlass hatten, die Ausführung des Gaius IV. 104—109 genau durchzulesen. Und doch genügt in der That die Hinweisung auf dieses éine Institutionencapitel, um die weitere Bedeutung von *iudicium*, von der im § 2 die Rede war, unumstösslich festzustellen. Wollten aber die Gegner trotzdem verharren in ihrem Widerstande, dann wäre es ihre Aufgabe, unsere

---

[2]) Abhandlungen z. r. Civilprocess S. 102, und jüngst auch bei Lotmar in der Münch. Krit. Vtljschr. Bd. XXXII S. 485.

[3]) Welche Mittel G. anwendet, um die Bd. I S. 29, 30 angeführten Stellen unschädlich zu machen, das möge man in der cit. Rezension (S. 189) selbst nachlesen. Fragen möchte ich nur, wie das „agiren (der Parteien) mit gesetzlichem Gericht" eigentlich zu denken sei? Der Richter ein Ding, mit dem die Partei verfährt, wie mit der *festuca* oder mit Urkunden! Und der nach Beendigung des Processes „rückschauende" Gaius, könnte keineswegs „die Obligatio durch Litiscontestatio getilgt" finden, da er (III. 180) zweifellos der Vorstellung huldigt, mit dem Urteil sei die *litis contestatio sublata*. Vgl. auch meine L.C. S. 19 N. 3.

Theorie des römischen Privatprocesses demnächst auf ganz neuen Grundlagen aufzubauen und vorher Anschauungen aus dem Weg zu räumen, die seit der Auffindung der echten Institutionen kein ernsthafter Forscher mehr anzuzweifeln wagte.

Gaius nämlich sagt IV. 104 von den *legitima iudicia (quae . . . sub uno iudice accipiuntur*, — nicht: accepta sunt — d. h. welche begründet werden[4]) mit einer Schriftformel[5]), die einen Einzelrichter zur Entscheidung beruft): *eaque ⟨e⟩ lege Iulia iudiciaria, nisi in anno et sex mensibus iudicata fuerint, expirant.*

Nach Eisele würde die Julische Verjährung, die sich auf *iudicia legitima* bezieht, Processe nicht treffen, welche nach der Litiscontestatio und vor dem ersten Schwurgerichtstermin kürzere oder längere Zeit liegen bleiben. *Iudicium* soll ja nur das Verfahren vor dem Judex bezeichnen; dieses aber hat in dem angegebenen Fall noch nicht begonnen; mithin ist auch keine Verjährung möglich. Darnach könnte auch der Anfangspunkt der Achtzehnmonatfrist nicht, wie Keller[6]) und wohl Alle meinen, durch die Streitbefestigung bestimmt sein; er müsste vielmehr zusammenfallen mit dem Beginn der ersten Verhandlung vor dem Judex. Zweifelhaft bleibt es, ob Eisele wirklich die Absicht hat, eine so gestaltete Processverjährung anzunehmen. Einstweilen berechnet er noch in seiner „Abhand-

---

[4]) Vgl. weiter unten § 22.

[5]) So sind die Worte *sub uno iudice* zu übersetzen, nicht etwa: „vor einem Richter"; Näheres unten im § 22.

[6]) Litiscontestation S. 141, Civilprocess § 45 (S. 226, 227); ebenso Hartmann-Ubbelohde Ordo I S. 380.

lung" I[7]) die Julische Frist genau so wie Keller. Hiezu ist er nach dem in der „Abhandlung" II (S. 102) Gesagten nicht mehr befugt.

Weiter lese man Gai. IV. 107 und III. 180!

Si . . legitimo iudicio[8]) *in personam actum sit ea formula quae iuris ciuilis habet intentionem, postea ipso iure de eadem re agi non potest, . . .*

Tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo iudicio ***fuerit actum.***

Dem letzteren Ausspruch zufolge ist schon *legitimo iudicio actum,* wenn nur die Streitbefestigung stattgefunden hat. Demnach müssen meine Gegner, um ihren Standpunkt zu wahren, zu der vor 1827 ziemlich verbreiteten Lehre zurückkehren, welche die Litiscontestation dem Verfahren vor dem Geschwornen zuwies.

Sollte aber diese Zumutung zu stark befunden werden, so wäre Gai. IV. 107 zu empfehlen als Grundlage einer noch erbaulicheren These, die da lauten müsste: „Im gesetzlichen Processe war die Consumtion der Actio nicht an die Litiscontestatio geknüpft, sondern an das Verfahren vor dem Judex" (Anfang oder Ende?). Zu dieser Annahme zwingt die angezogene Stelle, da sie aufs Deutlichste besagt, dass man nach Civilrecht keine Actio mehr habe, wenn *de eadem re legitimo* ***iudicio*** (im „engeren, technischen

---

[7]) S. 40, 63. Der Verf. fragt sogar: „von wann ab sollten die anderthalb Jahre gerechnet werden, wenn es eine constitutio iudicii nicht mehr gab"? Mit den unterstrichenen Worten zielt er auf die Litiscontestatio; vgl. insbesondere Eisele Die Actio utilis des Cessionars S. 46: . . . „die litis contestatio (Formelerteilung oder constitutio iudicii)" . ., Abhandlungen S. 12.

[8]) Das *legitimum iudicium* hier und in III. 180 ist kein anderes als in IV. 104. Eisele wird das nicht in Abrede stellen.

Sinne“ zu verstehen!) agirt sei. Wahrscheinlich wird sich Eisele auch den letzteren Satz nicht ohne Weiteres aneignen wollen. Fasst er doch in seinen „Abhandlungen“ noch auf S. 25 den Thatbestand, mit dem Gai. IV. 107 die „ipso-iure-Consumption“ verbindet, in folgender Weise auf: „Gaius wolle schwerlich sagen, dass der Process mittels (?) Judicium legitimum zu Ende geführt sein müsse, sondern nur, dass ein *agere in personam* durch (?) Judicium legitimum, d. h. durch Constituirung eines solchen stattgefunden haben müsse“. Unter „Constituirung des Judiciums“ versteht Eisele [9]) — allerdings mit Unrecht [10]) — die Streitbefestigung. Er ist also auf S. 25 [11]) als unbefangener Forscher noch ein Anhänger der herrschenden Consumtionslehre [12]), während er auf S. 102 desselben Buches im blinden kritischen Eifer und besorgt um die Ergebnisse seiner Abhandlungen I, II zu einer Behauptung gelangt, die mit den klarsten Quellenzeugnissen ebenso unvereinbar ist wie mit seiner eigenen kurz vorher dargelegten und bald nachher (S. 103—105) wieder aufgenommenen Anschauung.

Schliesslich dürfen meine Gegner noch an Folgendes erinnert werden. Gradenwitz [13]) hält es für richtig, die Legitimitaet der Judicia aus der Regelung zu erklären, die ihnen zuteil ward durch die Lex Aebutia. Derselben Auf-

---

[9]) S. oben S. 29 N. 7

[10]) Vgl. Wlassak Litiscontestation S. 12, 13, 29—32, 60, 61, 71, 77.

[11]) Und sonst vielfach: S. 12—15, 24, 26, 37, 40, 47, 51, 52, 58, 62, 64, 103—105.

[12]) Diese ist nur in einem Punkte bekämpft: im Judicium imperio continens der Vorjulischen Zeit soll erst das Urteil die Consumtion bewirkt haben.

[13]) A. a. O. Bd. XXII S. 185—187.

fassung hat sich Eisele im Nachtrag zur zweiten[14]) „Abhandlung" (S. 102—104) wenn nicht angeschlossen, doch sehr angenähert. Mithin dreht sich der Streit nur mehr um die Bedeutung von *iudicium.* Legitim, d. h. ex lege Aebutia ist nach der hier vertretenen Ansicht vor Allem die Streitbefestigung, nach der gegnerischen Meinung nur das Schwurgericht und das Verfahren vor dem Judex. Offenbar stellen die beiden Gelehrten, indem sie Letzteres behaupten, über den Inhalt des älteren Reformgesetzes Vermutungen auf, die man hinnehmen mag, die jedoch völlig unerweislich sind. Dagegen lassen sie seltsamer Weise die einzige Aebutische Norm ausser Acht, die als solche von Gaius und Gellius glaubwürdig überliefert ist. Diese aber hat, wie bekannt, unzweifelhaft das *litigare*[15]) der Parteien vor dem Praetor zum Gegenstand. Wenn daher irgend ein Stück des Processes das Praedikat der Legitimitaet verdient, und zwar um deswillen verdient, weil es geordnet ist von der Aebutia, so muss das jedenfalls die Litiscon-

---

[14]) Übrigens heisst es schon in der ersten Abh. S. 14: „. . . es ist wohl möglich, dass der Unterschied zwischen Judicia legitima und solchen quae imperio continentur mit Bestimmungen der Lex Aebutia zusammenhing".

[15]) So Gai. IV. 30. Meines Wissens hat in neuerer Zeit Niemand Gai. l. c. und Gell. XVI. 10, 8 auf einen anderen Processabschnitt bezogen. Die Erwähnung der *legis actiones*, die durch das Gesetz dem Untergang zugeführt seien, dazu bei Gai. IV. 31 die Worte *apud praetorem* verhindern jede Missdeutung. Doch mag auch hier bemerkt werden, dass das Gaianische *litigare* schon bei Cic. p. Rosc. com. c. 18 § 53 für *litem contestari* steht: *Quid interest inter eum, qui per se litigat, et eum, qui cognitor est datus? Qui per se litem contestatur, sibi soli petit, alteri nemo potest, nisi qui cognitor est factus*; vgl. Eisele selbst in der Ztschr. f. R.G.R.A. Bd. XVIII S. 196, M. Rümelin Stellvertretung S. 86. Ebenso wie *agere* kommt übrigens *litigare* auch in weiterer Bedeutung vor; vgl. z. B. Julian D. 42, 1, 60, Ulp. D. 2, 12, 1, 2: . . *post litis contestationem litigare.*

testatio sein, daneben vielleicht noch Anderes, vielleicht nur sie allein.

Nach allem dem bleibt noch éin Bedenken übrig, das man nicht sofort als unberechtigt verwerfen kann. Das Wort *iudicium* weist unverkennbar auf den Spruchrichter hin und soll trotzdem das Verfahren vor dem Magistrat mit umfassen. Dafür scheint eine Erklärung notwendig. Freilich dürfte uns die Unmöglichkeit, eine solche zu finden, nicht abhalten, der feststehenden Ausdrucksweise des Gaius Rechnung zu tragen. Doch öffnet sich vielleicht ein Ausweg, wenn gezeigt wird, dass der genannte Jurist der allein Schuldige sei, während die übrigen Klassiker die angeblich fehlerhafte Verwendung von *iudicium* zu vermeiden wissen. Wie mich dünkt, ist dieser Einwand ziemlich haltlos, weil die in Betracht kommenden Abschnitte der Institutionen (III. 180, 181, IV. 103—109) so aussehen, als ob sie nur längst anerkannte Sätze in hergebrachter Fassung wiedergäben. Indess kann ja zum Überfluss genügender Beweis erbracht werden für die weite Verbreitung eines Sprachgebrauchs, der in der That dem Gaius so wenig eigentümlich ist, wie die darin ausgeprägte Vorstellung des trotz der Teilung einheitlichen Processes.

Von den Zeugnissen, welche hergehören, ist im I. Bd. S. 30 nur Ulpian XI. 24 u. 27 (dazu Gai. I. 184) erwähnt, wo in zwei Fällen das *legitimo iudicio agere* dem *lege agere* gleich gesetzt und damit der Beginn des Judiciums vor den Magistrat verlegt wird. Dass diese Folgerung wirklich zutrifft, das bestätigen sehr deutlich jene Pandektenfragmente, die statt von der *lis contestata*, vom *iudicium inchoatum* oder *coeptum* reden:

Venuleius l. 25 § 4 D. quae in fr. (42, 8), Paulus[16]) l. 15 D. rat. rem (46, 8), Ulpian l. 1 § 21 D. de ui (43, 16).

Bemerkenswert ist auch eine Constitution aus klassischer Zeit (a. 205) von Severus und Antoninus, l. 1 C. de iud. (3, 1):

Iudicio coepto usurarum stipulatio non est perempta. superest, ut debitorem eius temporis, quod non est in iudicium deductum[17]), *conuenire possis.*

Was sich aus diesen Stellen ergibt, die Identität des *iudicium inchoatum (coeptum)* und der *lis inchoata* hat Keller[18]) vorlängst bemerkt und es nur unterlassen, das im

---

[16]) Paulus fragt, wann die Verpflichtung aus der Cautio *amplius non peti* wirksam werde? Die Antwort lautet: so lange *iudicium coeptum non fuerit* könne von Niemandem gesagt werden: *petit* (sondern nur: *petere uult*), mag auch der Gegner schon ins Jus vocirt und Vadimonium geleistet sein. Was also verlangt der Jurist? Nach Eisele Cognitur S. 30, dass „der Process bis zum Judicium (im engeren Sinn!) gediehen sei". Demnach würde Paulus nur die Ladung, das Vadimonium und den Beginn der Verhandlung vor dem Judex ins Auge fassen. Dass ein Römer in der Streitbefestigung das *petere* erblicken könnte, das wäre dem Paulus ganz undenkbar erschienen! Und doch ist das verderbliche *plus petere* wohl auch nach Eisele eine Parteihandlung, die ins Jus fällt, nicht ins Judicium e. S. Es sei nur kurz an Gai. IV. 53, 56 erinnert, wo das *plus petere* einmal mit den Worten *intentione plus conplecti*, das andere Mal mit *plus intendere* umschrieben wird. Und Paulus selbst sagt Dig. 22, 1, 10: *Partum post litem contestatam editum restituere possessor debet: quem non deberet restituere, si cum mater peteretur, iam natus fuisset.* Dieselbe Bedeutung von *petere* ergeben z. B. Sabinus-Julian D. 12, 1, 22 (dazu Savigny System Bd. VI S. 204—208), Jul. D. 46, 8, 23, Pap. D. 3, 3, 66; nicht entgegen steht Ulp. D. 38, 2, 16, 3. — Durch das hier und in der L.C. S. 40—42 Gesagte ist auch meine Auffassung der verschiedenen Formeln, die bei der Cognitorbestellung üblich waren (Gai. IV. 83), festgestellt.

[17]) Vgl. dazu meine Litiscontestation S. 20—23.

[18]) Über Litiscontestation S. 69; s. auch S. 65 N. 10.

Vorbeigehen Wahrgenommene gebührend auszunutzen. Den weiteren Beweis zu führen, dass die *lis inchoata* nichts Anderes sei als die *lis contestata*, dazu liegt ein Anlass nicht vor, da sich meines Wissens gegen diese Feststellung kein Widerspruch erhoben hat. Man braucht übrigens nur Papinians Äusserung in den Vat. Fragmenten § 263 anzusehen, um über diesen Punkt ins Klare zu kommen.

Wenn dem Gesagten nach das *iudicium* nicht erst vor dem Judex beginnt, so ist offenbar in den vor dem Urteil liegenden Zeitraum, welchen die Juristen zuweilen durch die Worte *manente* oder *pendente iudicio* anzeigen, auch die Pause zwischen der Litiscontestatio und dem ersten Schwurgerichtstermin einzurechnen. Entscheidungen wie die des Javolen in l. 14 pr. D. de interr. (11, 1), des Celsus in l. 71 § 3 D. de sol. (46, 3), des Julian in l. 60 pr. D. de cond. ind. (12, 6), des African in l. 61 (Mo. 62) § 9 D. de furt. (47, 2), des Papinian in l. 18 § 1 D. de ui (43, 16), des Paulus l. 45 § 1 D. mand. (17, 1), wo die erwähnte Ausdrucksweise begegnet, dürfen sicher nicht beschränkt werden auf die Zeit nach der Eröffnung des Geschwornenverfahrens. So wäre es beispielsweise unerlaubte Willkür, den Ausspruch des Celsus l. c.:

. . *si ignorans solutum litem contestatus est, si pendente iudicio ratum habuit, absolui oportet illum, cum quo actum est,* . .

nur gelten zu lassen, wenn der Geschäftsherr die Genehmigung nach der Formeledition vor dem Judex[19]) erteilt

[19]) Vgl. Wlassak Litiscontestation S. 53—55. Das beiderseitige Formelediren, genau entsprechend der mündlichen *causae coniectio* (Gai. IV. 15 in f.; vgl. auch Gell. V. 10, 9) des alten Processes bildete

hat, nicht wenn das vorher, in der gedachten Pause geschehen war.

Sehr nahe liegt es, sofort auch den bekannten Grundsatz des Sabinus und Cassius heranzuziehen (Gai. IV. 114): *omnia iudicia absolutoria esse.* Soll etwa diese Regel nicht berechnet sein auf den gewiss häufigen Fall, dass die Processobligation getilgt wurde, ehe die Parteien vor dem Geschwornen erschienen? M. E. wäre solche Annahme durchaus unwahrscheinlich. Andererseits ist freilich das *iudicium* des Sprichworts nicht eigentlich ein „Process", sondern Das, was aus dem Acte des *iudicium accipere* hervorgeht[20]: das Processrechtsverhältniss. Allein auch dieses konnte doch nur *iudicium* heissen, wenn der es erzeugende Thatbestand schon ein Stück des Judiciums, d. h. des Processes war.

Der hier versuchten Erklärung wird man vielleicht entgegentreten mit der Frage, weshalb denn für die Processbegründung regelmässig *litis contestatio* gebraucht wird, wenn *lis* und *iudicium* wirklich genau Dasselbe[21])

die „Regel". Natürlich war es nicht unerlässlich, da sonst der Beklagte durch Weigerung oder Ausbleiben den Urteilsspruch hätte verhindern können.

[20]) Zweideutigkeit dieser Art ist bekanntlich nichts Seltenes. Ich erinnere nur an *obligatio* (Windscheid Pand. Bd. II § 251 N. 3) und *possessio* (Bekker Recht des Besitzes S. 150). Auch *litis contestatio* wird sowohl für die Parteienhandlung wie für die daraus entspringende Obligation verwendet; vgl. Gai. III. 181: *sublata litis contestatione incipit ex causa iudicati teneri. Iudicium* = Processverhältniss findet sich z. B. bei Jul. Dig. 5, 1, 74, 2, Marcellus-Ulp. D. 5, 1, 11, Pap. 25, 2, 30, Ulp. 24, 3, 19 u. 24, 3, 24, 7, auch bei Gai. IV. 104, 105, 109.

[21]) Vgl. auch Ulp. l. 15 § 1 D. de proc. (3, 3), wo der Cognitor (Dig. 3, 3, 8, 3: *procurator;* s. aber Keller Litiscontestation S. 325, 326 N. 4, Lenel Paling. II p. 449) *ad litem suscipiendam datus* des Edictes *ad communi diuidundo iudicium datus* genannt wird.

bedeuten? Die Antwort hierauf müsste auf Verschiedenes aufmerksam machen. Einmal auf das hohe Alter der Litiscontestatio, die vorhanden war, ehe es einen Formularprocess gab, für den erst der Name *iudicium* aufkam [22]). Blieb dann in der neueren Processform das Wesen der Streitbefestigung unberührt [23]), so ist die Beibehaltung des alten Ausdrucks nur natürlich, durchaus nicht auffallend [24]). Ferner begegnet in den Erörterungen der Klassiker, die sich auf das Formelverfahren beziehen, *litem contestari* zwar recht häufig, doch steht es keineswegs allein. Der vom praetorischen und Aebutischen Recht eingeführte Formalact des Beklagten, das *iudicium (= formulam) accipere*, schien geeignet, der ganzen Streitbefestigung den Namen zu leihen [25]); und so kommt denn diese zweite und jüngere Bezeichnung in den Digesten kaum minder oft vor als die ältere. Endlich ist die *lis* selbst aus der Verbindung mit *contestari* zuweilen verdrängt und ersetzt worden durch *iudicium*. Schon Brissonius weist zwei Fragmente nach, l. 7 § 1 D. de h. p. (5, 3) und l. 19 D. sol. matr. (24, 3), wo Ulpian *iudicium contestatum* schreibt. Zum Glück ist diese Phrase bisher des Tribonianismus nicht angeklagt [26]); die Erwähnung hierorts möchte die modernen

---

[22]) Vgl. oben S. 12 N. 7 und Bd. I S. 75—80, dazu meine L. C. S. 19, 20.

[23]) S. Wlassak Litiscontestation S. 80, 81, 84, 85.

[24]) Dies gegen Gradenwitz a. a. O. Bd. XXII S. 191 Abs. 4.

[25]) Vgl. meine Litiscont. S. 24—39, besonders S. 24, 25, 28, 29, 30 N. 1.

[26]) Lenel Palingenesia II p. 493, 1154. In l. 7 § 1 D. cit. will Mommsen das *agere de inofficioso t. iudicium* verwandeln in *adigere*. Allein Ulpian sagt auch sonst (l. 20 § 4, l. 55 D. fam. erc. 10, 2) vom *iudicium: agitur*, ebenso Gaius (l. 40 D. eod.), und vom *iudicium* im engeren Sinn in l. 1 § 1 D. eod.

Pandektenkritiker fürs Erste von einer Anfechtung der Echtheit zurückhalten.

Durch die Betrachtung einer Anzahl von Pandektenstellen ist nunmehr eine Behauptung genügend vorbereitet, der man sonst leicht Misstrauen entgegenbringen könnte. Die klassischen Schriftsteller verwenden, wie ich glaube, das Wort *iudicium* manchmal auch da, wo sie blos die Streitbefestigung oder diese doch in erster Linie im Auge haben, und übertragen somit auf das wichtigste Stück des Processes den Namen, der eigentlich nur dem Ganzen gebührt. So insbesondere Papinian in l. 52 D. de fideiuss. (46, 1), wo zuerst von der Fideiussio gehandelt und dann im § 3 Folgendes bemerkt ist:

Plures eiusdem pecuniae credendae mandatores, si unus iudicio eligatur, absolutione quoque secuta non liberantur, sed omnes liberantur pecunia soluta.

Augenscheinlich verwirft der Jurist hier die Ausdehnung eines Grundsatzes, der für mehrere Fideiussoren *eiusdem pecuniae* in Geltung stand und den wir am deutlichsten aus einem Reformgesetze Justinians kennen lernen. Der Kaiser verordnet nämlich in l. 28 pr. § 1 C. de fideiuss. (8, 41—Kr. 8, 40):

. . . *quemadmodum in mandatoribus statutum est, ut contestatione contra unum ex his facta alter non liberetur, ita et in fideiussoribus obseruari . . . sancimus nullo modo electione unius ex fideiussoribus uel ipsius rei alterum liberari, uel ipsum reum fideiussoribus uel uno ex his electo liberationem mereri, nisi satisfiat creditori* . . .

Wir wissen also, dass im klassischen Rechte die „*electio*“ eines der Fideiussoren, d. i. die „*contestatio*“ mit

éinem, auch die übrigen befreite; wir wissen ferner, dass Justinian seine Sprachweise den Juristen entlehnt, die gern die *electio* durch *litis contestatio* der *perceptio* oder *solutio* entgegenstellen[27]); wir ersehen endlich aus Papinians eigenen Worten, die dem zu erklärenden Ausdruck folgen *(absolutione quoque secuta)*, dass die Phrase *iudicio eligere* keinenfalls die Durchführung des Processes bis zum Urteil mitbegreift. Nach allem dem kann über den Sinn der fraglichen Worte[28]) kaum noch ein Zweifel bestehen, und die Verwendung von *iudicium* für *litis contestatio* bei Papinian[29]) muss für erwiesen gelten.

Das nämliche Ergebniss ist in Betreff des Sprachgebrauchs anderer Juristen und der römischen Leges auf Grund folgender Stellen zu gewinnen.

Ulpian l. 25 § 8 D. de aedit. ed. (21, 1):

. . . *iudici enim statim atque iudex factus est omnium rerum officium incumbit, quaecumque in iudicio uersantur: ea autem quae ante iudicium contingunt non ualde ad eum pertinent, nisi fuerint ei nominatim iniuncta.*

Wenn hier die Rede ist von dem, was *ante iudicium* geschieht, so kann nur an die Zeit vor der Streitbefestigung gedacht sein, nicht etwa an die darauf

---

[27]) Vgl. Ulp. Dig. 27, 6, 7, 4 . . . *perceptione ab uno facta et ceteri liberantur, non electione*, Dig. 16, 3, 1, 43: *nec liberabitur alter, si cum altero agatur (agatur = lis contestetur;* s. meine L.C. S. 40): *non enim electione, sed solutione liberantur* mit Ulp.-Paul. Dig. 9, 3, 3 u. 4: *sed si cum uno fuerit actum, ceteri liberabuntur perceptione, non litis contestatione;* auch Pomp. Dig. 45, 1, 112, pr., Paul. Sent. II. 17, 16, Diocl. Cod. Just. 8, 41 (Kr. 40), 23.

[28]) Vgl. Papinian l. 95 § 10 D. de sol. (46, 3): . . . *neque iudicio cum altero accepto liberatur alter.*

[29]) Vgl. noch l. 39 § 15 D. de admin (26, 7) von demselben Juristen.

folgende vor dem ersten Schwurgerichtstermin; denn der Jurist sagt ja ausdrücklich, dass alle Ereignisse, die auf die Gestaltung der Processobligation von Einfluss sind *(quaecumque in iudicio uersantur)*, bereits vom Augenblick der Einsetzung des Judex an[30]), dessen arbiträrer Beurteilung ohne Weiteres (d. h. ohne besondere Erwähnung in der Formel[31]) unterliegen.

Statt des kurzen *ante iudicium* setzt die L. Rubria zweimal im 20. Capitel (I Z. 22, 23, 32, 33):

antequam id iudicium q. d. r. a. factum est.

Derselben Wendung[32]): *iudicium fit* bedient sich das Jurisdictionsgesetz von Este (Z. 8, 9), um die Processbegründung anzuzeigen; von den Schriftstellern besonders Cicero (pro Quinctio c. 2 § 9, c. 8 § 30, c. 13 § 44, in Verr. II c. 13 § 32), und, wenn Mommsens Ergänzung richtig ist, auch das Kalendarium Praenestinum (C. J. L. I p. 315, 367), wo die zum 24. März eingetragenen Buchstaben *q. r. c. f. (quando rex comitiauit, fas)* von Verrius Flaccus[33]) folgendermassen erklärt sind:

---

[30]) Dass der Judex des Formularprocesses nicht erst nach vollzogener Litiscontestatio bestellt wird, das zeigt u. A. Gai. IV. 104, 105, 109: *iudicium accipere sub uno iudice;* dazu unten § 22, vgl. auch meine L. C. S. 71.

[31]) Ulp. l. c.: . . . *si ante iudicium acceptum facta sint: idcirco enim necesse habuisse ea enumerari, ut, si quid eorum ante litem contestatam contigisset, praestaretur;* dazu Lenel Edict S. 437, 438.

[32]) Vgl. auch L. Urson. c. 95, Paul. Diac. v. *forum* p. 84. Häufig steht *iudicium fit, iud. facere,* wo es sich um Strafprocesse handelt: so in der L. Acilia v. 43, 70, L. Julia repet. bei Macer Dig. 48, 11, 7, pr., Cic. in Verr. II c. 39 § 95, III c. 59, 60 § 135, 139, Gai. Dig. 29, 5, 25, 1; doch heisst *iudicium factum* meist der durchgeführte Process (oft bei Cic. pro Cluentio).

[33]) S. Sueton De gramm. c. 17 in f., Macrob. Sat. I c. 10 § 7, c. 12 § 15, Mommsen im C. J. L. I p. 311, Vahlen im Berl. Ind.

... *qu[are comitiis peractis iudici]a fieri indica[ri iis magis putamus].*

Vergleicht man damit, nach Mommsens[34]) Vorgang, Varros (l. l. VI. 4 § 31) Deutung des *q. r. c. f.:*

is (dies) dictus ab eo, quod eo die rex sacrificiolus it[35]) *ad comitium, ad quod tempus est nefas, ab eo fas; itaque post id tempus lege actum saepe,*

so ist wohl nur éine Auslegung des *iudicia fieri* im Kalendarium möglich.

Mit einer Klarheit, die geeignet scheint, jeden Widerspruch zu überwinden, tritt die Identität von *iudicium* und *litis contestatio* zu Tage bei Paulus im Commentar zur Actio finium regundorum (Dig. 10, 1, 4, 2 = Gromatici veteres ed. Lachmann p. 277):

Post litem autem contestatam etiam fructus uenient in hoc iudicio: nam et culpa et dolus exinde praestantur: sed ante iudicium percepti non omni modo in hoc iudicium ueniunt[36]) ...

---

lect. Winter 1877—78 p. 3—6 gegen O. Hirschfeld Hermes Bd. IX S. 103, 105. Das Praenest. Kal. setzt Mommsen zwischen 752 u. 763.

[34]) Röm. Chronologie S. 241, 242 N. 30 (2. Aufl.), im C. J. L. I p. 367.

[35]) So verbessert Mommsen das handschriftliche *sacrificio ius dicat*, wofür jetzt A. Spengel mit Unrecht eintritt. O. Hirschfeld schlägt *litat* vor, L. Spengel *sacrificulus sacrificat.*

[36]) Diese L.A. in den Feldmessern ist wohl der Florentiner: *hoc in iudicium uenient* vorzuziehen. — Vielleicht will doch Jemand dem oben Gesagten entgegentreten, mit der Behauptung: hinter *iudicium* sei *acceptum* ausgefallen. Das wäre Ableugnung um jeden Preis, mit gewaltsamen Mitteln. Dagegen halte ich es nicht für unwahrscheinlich, dass zunächst der Kürze halber *acceptum* fortgelassen und so die Gleichsetzung von *iudicium* und *litis contestatio* vorbereitet wurde; vgl. Ulp. Dig. 3, 6, 1, 2: *qui accepit pecuniam siue ante iudicium siue post iudicium acceptum, tenetur.* (Mommsens Vorschlag, statt *acceptum accepit* zu schreiben, ist mit Huschke zu verwerfen.)

Mit gleicher Sicherheit ist in zwei anderen Paulinschen Fragmenten *iudicium* auf die Streitbefestigung zu deuten, in l. 17 D. pec. const. (13, 5):

Sed et si alia die offerat nec actor accipere uoluit nec ulla iusta causa fuit non accipiendi, aequum est succurri reo aut exceptione aut iusta interpretatione, ut factum actoris usque ad tempus iudicii ipsi noceat[37]). . .

und in l. 65 pr. D. p. soc. (17, 2):

Actione (vielmehr: *nouatione*[38]) *distrahitur, cum aut stipulatione aut iudicio mutata sit causa societatis. Proculus enim ait hoc ipso quod iudicium ideo dictatum est, ut societas distrahatur, renunciatam societatem,* . . .

Das hier erwähnte Formeldictat kann nicht die erste Klaganzeige sein, weil diese bekanntlich dem Processbeginn vorausgeht, während doch der Jurist an ein schon vorhandenes Judicium denkt. Daher muss die *mutatio iudicio* von der Novation verstanden werden, die sich durch Streitbegründung mit derselben Wirkung wie durch Stipulation vollzieht.

Das *distrahere iudicio* der l. 65 pr. D. cit. erweckt sofort die Erinnerung an die vielberufene l. 3 § 11 D. de pec. (15, 1) mit den Worten von Marcellus-Papinian:

sicut in stipulatione contrahitur cum filio, ita iudicio contrahi.

Wie dort die zerstörende, so ist in l. 3 § 11 D. cit.

---

[37]) Man achte auf die im Druck hervorgehobenen Zeitformen.

[38]) Die L.A. *nouatione* st. *actione* ist gerechtfertigt in meiner L.C. S. 50 N. 2; vgl. übrigens Pernice in der Ztschr. f. R.G.R.A. Bd. XXII S. 235 N. 2.

die erzeugende Kraft des „Judiciums", d. h. der Streitbefestigung betont.

Aus dem § 1 der l. 35 D. de iure iur. (12, 2) ist zu ersehen, dass der in Jure zugeschobene Zwangseid auch mit dem „Judicium" verglichen wurde: *pro iudicio cedit.* Was Paulus im Sinne hat, das zeigt der sofort im § 2 folgende Satz: *qui non compelluntur Romae iudicium accipere, nec iurare compellendi sunt*, und noch deutlicher ein Ausspruch desselben Juristen in l. 28 § 2 D. de iud. (5, 1):

Ex quibus . . causis non cogitur legatus iudicium accipere, nec iurare cogendus est se dare non oportere, quia hoc iusiurandum in locum litis contestatae succedit[39]).

Der Vergleich mit der Streitbegründung kehrt wieder beim freiwilligen Schiedseid. Ulpian überträgt in l. 9 § 3 D. de iure iur. (12, 2) die Wirkungen der *lis contestata* auf das *iusiurandum*, und Paulus sagt von demselben[40]) Eid in l. 26 § 2 D. eod.: *habet et instar iudicii.*

In ähnlicher Weise kann die Bedeutung der vielfach missverstandenen[41]) Redensart: *ad iudicium prouocare*

---

[39]) Zu den oben cit. Stellen vgl. Demelius Schiedseid und Beweiseid S. 23, 26, 29 N. 8, S. 56. Das *cedit pro* der l. 35 § 1 cit. glaube ich so aufzufassen wie Demelius S. 29 N. 8, S. 79 N. 13, dazu S. 25, 26 (über Dig. 12, 2, 27). Verkehrt ist es, mit Keller Civilpr. § 64 S. 322, Rudorff RG. Bd. II S. 219 zu sagen: die Zuschiebung des Eides vertrete die Litiscontestation, die Abschwörung das „Judicium", d. h. das Geschwornenverfahren (besser Rudorff: die Sentenz). Vielmehr entspricht die Eideszuschiebung in Jure dem *iudicium edere*, die Eidesleistung dem *iudicium accipere* (s. Wlassak L.C. S. 59). Nur die Wirkung des Eides kann auch mit der Wirkung des Urteils verglichen werden; so Ulp. Dig. 42, 1, 56 u. 44, 5, 1, pr.

[40]) Vgl. Demelius a. a. O. S. 23.

[41]) Verschiedene Auffassungen bei Planck Mehrheit der Rechts-

zuverlässig bestimmt werden. Gebraucht ist diese und die sicher gleichgeltende Phrase *ad iudicium uocare,* in der Lenel[42]) mit Unrecht Compilatorenlatein wittert, bald vom künftigen Beklagten, bald vom angehenden Kläger: bei Julian (l. 63 D. de R. I), Gaius (l. 13 D. de iud. 5, 1 = l. 2 § 1 D. com. 10, 3), Venuleius (l. 51 D. de adm. tut. 26, 7), Paulus (l. 24 pr. D. de us. 22, 1), Ulpian (l. 14 D. de iud. 5, 1), Modestin (l. 102 D.

streitigkeiten S. 131, 132; gegen Plancks eigene Ansicht mit Recht Eck Die sog. doppelseitigen Klagen S. 142 N. 534. Dem m. E. Richtigen kommt O. E. Hartmann Contumacialverfahren S. 242 am nächsten (*iudicium* = „die ganze gerichtliche Verhandlung").

[42]) Palingenesia I p. 745 N. 3 und (ohne Fragezeichen) II p. 1220 N. 8: „*in ius*". Hätten Venuleius und Modestin die von L. eingesetzten Worte gebraucht, so wäre wohl von den Compilatoren nur das éine, nämlich *ius* beseitigt worden. [*Ad iudicium uocare* hatte vielleicht auch der Verf. des fr. de form. Fabiana I, 3 in f. geschrieben, so dass zu lesen wäre: *antequam patr(onus) Fabianā formulā (ad iudicium) uocet.*] In Justinians Pandekten wird man *ad iudicium* und *in iudicium* verschieden beurteilen müssen. Doch bedarf selbst die Frage der Ersetzung von *in ius* durch *in iudicium* einer besonderen Untersuchung, was gegen Gradenwitz zu bemerken ist, der (Interpolationen S. 100) *in iudicium uocare* „natürlich unecht" und (S. 104) „unsinnig" findet Wie mich dünkt ist die Interpolation weder allzu natürlich — denn in sehr zahlreichen Stellen der Compilation, ja selbst in den Digesten- und Codexrubriken (2, 4—7 und 2, 2) begegnet *in ius uocare* — noch ist das *uocare in iudicium* „unsinnig", da es ungefähr die Bedeutung von *ad iudicium* (zum Process) *uocare* annehmen konnte. Lehrreich sind in dieser Beziehung Ciceros Reden, z. B. p. Tull. c. 18 § 43, wo von den Praetoren gesagt ist, sie hätten in das *iudicium* (= Formel) *de ui et armis* das Wort *iniuria* nicht eingefügt, *ne quod .. scutum dare in iudicio uiderentur iis, quos propter haec arma in iudicium uocauissent.* Lenel in der Palingenesie geht nicht so weit wie Gradenwitz; doch kenne ich die Gründe nicht, welche ihn veranlassten, bald für Echtheit (so II p. 654: Ulp. nr. 992 § 3, 4), bald für Unechtheit (so I p. 606: Marcellus nr. 107, pr. u. II p. 972: Ulp. nr. 2175, pr.) zu stimmen. Erklärt ist nur die Interpolation bei Ulp. Dig. 2, 8, 2, 2, im Edict S. 55 N. 9.

de V. O. 45, 1 [43]). Nun fragen wir, worauf wohl das Augenmerk der Partei gerichtet war, die vor der Streitbefestigung *„ad iudicium“* provocirte? Niemand wird es glaublich finden, dass der Provocant dabei lediglich an den entfernteren Processact dachte, nicht an den nächsten und zugleich wichtigsten. Es bleiben daher nur zwei Erklärungen zulässig. Entweder begreift *iudicium* den Process vom Anfang bis zum Ende oder es steht für *litis contestatio.* Entscheiden werden wir uns eher für die letztere Auffassung, weil in der angeführten Paulinschen Stelle (Dig. 22, 1, 24, pr.) offenbar die Person, welche *ad iudicium prouocauit*, identisch ist mit Demjenigen, *qui iudicium accipere paratus fuit.*

Aus dem Gesagten ergeben sich auch gewichtige Bedenken gegen das in Lenels Palingenesie beliebte Ausmerzen der Wendung *ad iudicium uenire* zu Gunsten des von den Juristen vermeintlich geschriebenen *in ius uenire.* Anscheinend ist dieses Verfahren durch ein Missverständniss der beseitigten Phrase hervorgerufen. Sonst wird man triftige Gründe schwerlich finden, weshalb Julian und Andere von einer Partei nicht hätten sagen sollen, sie „komme zum Zwecke (*ad*) der Streitbegründung“, oder kürzer, „sie stelle sich zum Process“ [44]). Allerdings ist das Kommen zur Gerichtsstätte notwendig enthalten in dem *uenire ad iudicium;* allein das letztere zeigt noch Mehr an, indem es hindeutet auf die Bereitwilligkeit, den Process aufzu-

[43]) Vgl. noch Ulp. Dig. 10, 3, 7, 13 — 13, 1, 12, 1, Diocl. Cod. J. 5, 56, 4, 1 — 7, 72, 2.

[44]) Nur beiläufig sei hier des *status dies cum hoste* bei Fest. p. 314 (vgl. Macrob. Sat. I. 16 § 14) gedacht, der so erläutert wird: *qui iudici causa est constitutus cum peregrino;* s. Karlowa Legisactionen S. 227.

nehmen. Und hätten die Byzantiner wirklich *in ius uenire* vorgefunden, wäre dann nicht die Textänderung unterblieben, da ja der Gerichtsort in der Compilation oft genug denselben Namen führt, wie in den klassischen Schriften? Ist doch sogar in einem der ersten Fragmente von Justinians Pandekten (1, 1, 11) die Definition des Paulus zu lesen: *alia significatione ius dicitur locus in quo ius redditur.* Endlich hätte sich Tribonians Rotstift wohl nur mit dem éinen Worte *ius* beschäftigt, nicht aber ohne Not aus dem *in* ein *ad* gemacht.

Wenn also die Art wie Lenel in den meisten Fällen[45]) unsere Phrase „entjustinianisirt", und zwar ohne Fragezeichen, sicher auf Irrtum beruht[46]), so ist andererseits deren Echtheit nur sehr wahrscheinlich gemacht, nicht völlig erwiesen, weil an ihrer Statt in mehreren Fragmenten das Ciceronische *ad uadimonium uenire* immerhin möglich wäre[47]). Diese Wendung, die in der

[45]) So Paling I p. 321 N. 6, p. 1002 N. 3, p. 1084 N. 5, p. 1148 N. 9, II p. 446 N. 7, p. 447 N. 1. Die schwierige l. 18 § 1 D. quod ui (43, 24) von Celsus (Paling. I p. 160) kann an diesem Orte nur erwähnt werden.

[46]) Gegen die Annahme einer Interpolation in den Pandekten hat sich schon O. E. Hartmann Contumacialverfahren S. 242 ausgesprochen, ebenso M. Voigt Über das Vadimonium (S. A.) S. 62 N. 169. *Ad iudicium uenire* kommt übrigens auch bei Cicero häufig vor, so p. Rosc. com. c. 4 § 10, in Verr. II c. 29 § 71, V c. 59 § 154, doch nicht in der oben erwogenen Bedeutung; ebenso *ad iudicium adesse* in der L. Acil. rep. v. 71, L. Urson. c. 95. Vom Verfahren vor dem Privatgeschwornen ist *iudicium* zu verstehen bei Servius Dig. 17, 2, 52, 18: . . . *cum ad iudicium non adesset*, Pseudo-Asconius (der wahrscheinlich Gaius benutzt) in act. II in Verr. I (Orelli p. 164): . . . *ut ad iudicium uenirent, denuntiabant.*

[47]) In dieser Weise will J. C. Naber in der Mnemosyne N. F. XVII p. 123, 125 — vermutlich durchgehends — den Urtext herstellen. Ausnahmsweise auch Lenel Paling. II p. 856 N. 3, p. 995

Quinctiana[48]) nahezu den gleichen Wert hat wie das *uenire ad iudicium*[49]), musste von den Byzantinern allerdings gestrichen werden. Trotzdem bleibt es ganz unsicher, ob die Klassiker der Hadrianischen und späteren Zeit irgendwo so schrieben wie Cicero, zumal da es meines Wissens überhaupt keinen Beleg gibt für die Verwendung der gedachten Phrase in der Sprache der Juristen. Zu den Stellen, wo *iudicium* gewiss nicht[50]) das Ersatzwort für *uadimonium* ist, gehört Paulus l. 5 § 1 D. si quis caut. (2, 11):

Item si duo rei promittendi sint et unus ad iudicium non uenerit (contempta sua promissione iudicio sistendi causa facta) . . .

Wenn der hier in Klammern eingeschlossene Satzteil, wie O. E. Hartmann[51]) nach Voorda und jetzt auch Lenel[52]) behauptet, ein ursprüngliches *contempto uadimonio* vertritt, so kann augenscheinlich vorher nicht gestanden haben: *ad uadimonium non uenerit.* Dagegen wäre diese Redensart

---

N. 1, dazu II p. 855 N. 3 (statt *ad iudicium occurrere*); weshalb gerade hier, nicht auch anderswo, das erhellt nicht. Denkbar ist das *ad uadimonium uenire*, *occurrere* (vgl. Suet. IV c. 39) in den Stellen bei Lenel II p. 856, 855; nur wären l. c. (N. 3) eher zwei als ein Fragezeichen beizufügen. Unzulässig ist m. E. die Textänderung bei Ulp. Dig. 2, 12, 1, pr. (Pal. II p. 995); vgl. Kipp Litisdenuntiation S. 145, 146, 136 N. 3, S. 140 N. 13.

48) In den anderen Reden ist, wie Merguet zeigt, *ad uadimonium uenire* nicht gebraucht, in der o. p. Quinctio: c. 5 § 22, c. 15 § 48, c. 16 § 52, 53, c. 21 § 67.

49) Ohne auf den Ausspruch des Scholiasten Gewicht zu legen, führe ich hier an: Pseudo-Acron ad Horat. Sat. I, 9 (ed. Hauthal II p. 156); . . . *uador te et uador ad te, id est, uoco te ad iudicium.*

50) A. A. J. C. Naber l. c. p. 125.

51) Contumacialverfahren S. 246 N. 30.

52) Paling. I p. 1084 N. 6.

im Originaltext der l. 10 § 2 D. eod. (2, 11) doch noch annehmbarer als Lenels[53]) Ersatzphrase *in ius uenire*, die dort auch sachlich Anstoss erregt. Pomponius (?) und Paulus hätten sich sehr ungenau ausgedrückt, wenn das der ursprüngliche Wortlaut wäre:

si in ius uenisset, litem cum eo contestari actor potuisset.

Das blosse Erscheinen des Gegners in Jure bietet nämlich dem Actor noch keine Gewähr für das Zustandekommen der Litiscontestatio, da jener die Einlassung auch vor dem Magistrat verweigern kann[54]). Nur wenn der Gegner bereit ist zur Processführung (*ad iudicium uenit*), trifft die Bemerkung der beiden Juristen in l. 10 § 2 D. cit. wirklich zu.

Um die Beweisführung abzuschliessen mit Zeugnissen von unbezweifelter Echtheit, folgt hier noch eine Anzahl von Stellen, wo der Ausdruck *iudicium* unverkennbar den ganzen Process mit Einschluss der Streitbefestigung anzeigt. Vor allen ein sehr bekanntes Fragment von Julian, die l. 13 D. de except. (44, 1):

Si post litem de hereditate contestatam res singulae petantur, placet non obstare exceptionem „quod praeiudicium hereditati non fiat": futuri enim iudicii, non facti nomine huiusmodi exceptiones comparatae sunt.

Die Exceptio, sagt Julian, will ein Praeiudicium nur abwehren von einem Processe, der erst in der Zukunft erwartet wird. Daher sei die Einrede nicht mehr statthaft,

[53]) Paling. I p. 1148 N. 9.

[54]) Vgl. Ulp. D. 50, 17, 52: *Non defendere uidetur non tantum qui latitat, sed et is qui praesens negat se defendere aut non uult suscipere actionem;* dazu meine Litiscontestation S. 40 N. 2.

wenn die Parteien den Streit über die Erbschaft bereits befestigt haben. Daraus aber ist die römische Anschauung deutlich abzunehmen, derzufolge das Judicium schon begründet (*iudicium factum*[55]) — S. 39), schon gegenwärtig ist im Augenblick der Litiscontestatio. Wer etwa erwidern wollte, dass uns Julian nur zwinge, das Judicium sofort nach der Streitbefestigung beginnen zu lassen, nicht schon während des Actes, den müsste doch l. 3 § 11 D. de Carb. ed. (37, 10) eines Besseren belehren, wo derselbe Jurist im Hinblick auf die Carbonianische Norm sich dahin äussert:

utraque iudicia et hereditatis et libertatis in tempus pubertatis differenda[56]).

Wenn hier Julian — was keinem Zweifel unterliegt — auch die Litiscontestatio *de hereditate et libertate* verschoben wissen will, so hat er offenbar diese selbst zum Judicium gerechnet[57]), vermutlich nach dem Vorgang des Edictes, dessen Ankündigung wohl so lautete: *causa cognita iudicium in tempus pubertatis differam*[58]).

Ein genau entsprechendes Seitenstück zu Gai. IV. 104, 105: *iudicia quae accipiuntur* bietet Marcellus in l. 30 D. de iud. (5, 1):

---

[55]) O. Bülow Processeinreden S. 128 (dazu S. 126, 127, 167, 168) übersetzt richtig: „nicht im Interesse bereits eingeleiteter Processe". Weitere Litteratur über l. 13 D. cit. bei Wetzell System § 64 N. 64, 65 (S. 870, 871 — 3. Aufl.); s. auch A. Pernice Obseruatiunculae p. 12, 13.

[56]) Dazu noch Julian l. 7 § 3 D. eod. und Ulp. l. 3 § 7 D. eod.: *non erit iudicium in tempus pubertatis differendum.*

[57]) Man bedenke nur, dass die contestirte Lis häufig vor dem *tempus pubertatis* durch Zeitablauf (Gai. IV. 104, 105) hätte erlöschen müssen.

[58]) Vgl. Ulp. l. 1 pr. D h. t. (37, 10) und Lenel Paling. II p. 705 N. 2.

Ubi acceptum est semel iudicium, ibi et finem accipere debet.

Beide Juristen handeln von der Processbegründung; nur denkt der eine an den gerichtlichen Vorgang, der sich eben abspielt, der andere an den vollzogenen Act. O. Bülow[59]) hat die l. 30 zutreffend übersetzt: „Wo der Process einmal eingeleitet ist, muss er auch zu Ende geführt werden", und den Sinn der unterstrichenen Worte aufgeklärt durch den auf Marcellus' Ausspruch gebauten Satz: „Nach der Litiscontestatio ist jede Competenzprüfung verboten".

Im klassischen Process treten, wie allgemein gelehrt wird[60]), der Cognitor und Procurator schon in Jure für den Principal auf, indem sie (regelmässig[61]) an seiner Statt den Streit befestigen. Und so erzählt denn auch Gai. IV. 82, es sei zur Zeit der Legisactionen das *alieno nomine agere* unzulässig gewesen, jetzt aber stehe dem *agere* Nichts im Wege *aut nostro nomine aut alieno, ueluti cognitorio, procuratorio.* Allein schon im § 87 desselben Buches der Institutionen kehrt der letzterwähnte Satz in geänderter Fassung wieder, und zwar so:

siue suo nomine siue alieno aliquis iudicio interueniat;

desgleichen im § 182, wo es heisst:

[pro]curatorio aut cognitorio nomine iudicio interuenire.

Demnach wird die Thätigkeit des Vertreters, zu der vor Allem der Abschluss des Processvertrags in Jure ge-

---

[59]) Processeinreden S. 93, 94.

[60]) Vgl. etwa Eisele Cognitur S. 64, 75.

[61]) M. E. nicht immer; s. oben S. 33 N. 16 am Ende.

hört, von Gaius als *iudicio interuenire* bezeichnet, und nicht von diesem Schriftsteller allein, wie ein Fragment von Aemilius Macer zeigt, l. 4 § 5 D. de appell. (49, 1):

Si procurator, qui iudicio interfuit, uictus sit, an ipse quoque per procuratorem appellare possit, uideamus, ... sed meminisse oportet, quod procurator lite contestata dominus litis efficitur: et ideo et per procuratorem appellare potest.

Paulus bedient sich in l. 15 D. rat. (46, 8), wo von einer Zahlung die Rede ist, die ohne Process geleistet wird, des Ausdrucks: *soluere sine iudicio*[62]); und in l. 24 D. de iure iur. (12, 2) gedenkt er der Fähigkeit des Haussohnes beklagt zu werden, d. h. als Processpartei zunächst in Jure aufzutreten mit den Worten: *cum (filio) etiam iudicium consistere potest*[63]). Bedürfte diese Auffassung der l. 24 cit. noch einer Bestätigung, so wäre sie zu finden in Ulpians l. 11 D. de iud. (5, 1):

Si a me fuerit adrogatus qui mecum erat litem contestatus uel cum quo ego: solui iudicium Marcellus libro tertio digestorum scribit, quoniam nec ab initio inter nos potuit consistere[64]).

Endlich sind noch ein paar Digestenfragmente hervorzuheben aus dem Titel 40, 12, welche von der gericht-

---

[62]) Ebenso Ulp. l. 71 § 1 D. de leg. I. Auch *extra iudicium admonere* (l. 6 § 9 Mo. 5 § 11 D. n. g. 3, 5) konnte schon bei Pedius stehen von einer Mahnung, die nicht im Processweg erfolgt (= *sine iudicio*); vgl. übrigens Gai. IV. 29: *extra ius*. Keinesfalls hatte der Jurist als Gegensatz des *extra iudicium* das *in iudicio* im Auge, wie es Cic. p. Rosc. com. c. 4 § 12 anwendet.

[63]) Demelius Schiedseid S. 24 übersetzt: „ein Sohn kann . . . sogar Process übernehmen".

[64]) S. noch Diocletian l. 7 C. de iudic. (3, 1).

lichen Vorbereitung der *liberalis causa* handeln und für das Ergebniss dieses Verfahrens bald *lis* oder *causa ordinata* gebrauchen, bald *iudicium ordinatum*[65]). Da die Formelfassung und nach l. 7 § 5 h. t. die Verteilung der Parteirollen im Freiheitsprocess von jener Vorentscheidung abhängt, so kann begreiflich wie die *lis* so auch das *iudicium liberale* nur von der ganzen *causa* verstanden werden, welche die Streitbefestigung mitbefasst.

Den angeführten Beweisstellen könnten leicht noch manche andere[66]) hinzugefügt werden. Indess dürfte längst die Überzeugung feststehen, dass die zuerst bei Gaius beobachtete Sprachweise überhaupt allen Juristen gemeinsam sei. Mithin ist der als Ganzes gedachte Process, der vor dem Praetor beginnt, um vom Geschwornen durch Urteil erledigt zu werden, ein den Klassikern wohlbekannter Begriff und das Kunstwort dafür kein anderes als *iudicium*.

§ 20. Das geschichtliche Verhältniss der verschiedenen Bedeutungen von *iudicium*.

Ein Punkt bleibt noch übrig, der berührt werden muss: die Entstehungsgeschichte der im § 19 behandelten Bedeutung von *iudicium*. Schon die alte Juristensprache

---

[65]) Vgl. einerseits Gai. l. 25 § 2 in f. *(post litem ordinatam)* D. h. t. [dazu Jul. l. 20 D. de prob. (22, 3), Diocl. l. 14 C. de l. c. (7, 16)] Ulp. l. 24 pr. D. h. t. *(ord. lib. causa)*, andererseits Gai. l. 25 § 2 D. eod. *(post ord. lib. iudicium)*, Ulp. l. 24 § 3 D. eod. Wegen der *ordinatio* des Freiheitsprocesses s. meine L.C. S. 72—76 (zu den angeführten Belegen noch L. Malac. c. 68), wegen l. 7 § 5 D. eod. unten S. 64 N. 11.

[66]) Z. B. Marcellus D. 44, 2, 19: . . . *eandem enim quaestionem reuocat in iudicium*, Paulus D. 44, 2, 22: . . . *etsi eadem quaestio in omnibus iudiciis uertitur* u. a. m.

hatte ein Wort, das den Process anzeigt, die *actio.* Wie ist daneben das Aufkommen eines zweiten, jüngeren Ausdrucks zu erklären, und wie ist die Entwicklungsreihe zu denken, an deren Ende *iudicium* steht im Sinne von „Privatprocess“?

Die Zweiheit der Benennung hängt nach meinem Dafürhalten zusammen mit der Zweiheit der Rechte, die in Rom das Verfahren, insonderheit die Streitbefestigung regelten. Eine *actio* ist in älterer Zeit blos der durch Leges festgestellte Process des römischen Bürgerrechts (Jus civile); dagegen heisst *iudicium* vor dem Aebutischen Gesetz nur der Process des römischen Fremdenrechts (Jus gentium), der geordnet war durch praetorische Edicte. Diese Behauptung bedarf in ihrem ersten Teil keiner besonderen Begründung mehr[1]; den zweiten Satz werden zum mindesten Diejenigen gelten lassen, welche der Lehre vom Ursprung des Formularprocesses im Peregrinengericht anhängen[2]. Der Umstand aber, dass das amtsrechtliche Gerichtsverfahren einen anderen Namen führt als die entsprechende Einrichtung des Jus civile, kann nicht auffallen, da sich die gleiche Erscheinung bekanntlich in anderen Fällen wiederholt.

Weit mehr möchte der Vorgang einer Aufhellung bedürfen, durch den das Wort *iudicium*, das auf den Judex

---

[1]) Über *actio* = civiler Process, dann = Spruchformel und = civile Schriftformel vgl. Bd. I S. 30, 31, 42 N. 6, S. 72—77, 82, 85, dazu meine L.C. S. 16 N. 1, S. 19 und unten S. 56—58.

[2]) Vgl. Bd. I S. 165 und jetzt besonders A. Schmidt Zeitschr. f. R.G.R.A. Bd. XXII S. 137—143, wo auch (S. 138 N. 1) weitere Litteratur angeführt ist; dazu noch aus jüngster Zeit Jörs a. a. O. I S. 162—164, 171, 179, 180 (unbefriedigend, weil die Unterscheidung von Process und Formel fehlt), Eisele Abhandlungen S. 27, 68, 69, 74, 75.

deutet, die Fähigkeit gewann, auch das Verfahren vor dem Magistrat zu bezeichnen. Vielleicht liegt es am nächsten, daran zu erinnern, dass der *ius dicens* ehemals *iudex* genannt wurde[3]), dass *ius dicere* und *iudicare* ursprünglich nicht verschieden[4]) und auch später nur im Gebiet des eigentlichen Privatprocesses genau gesondert sind. Erwägt man aber das hohe Alter des Privatgeschwornen, der dem Magistrat die Judication abnimmt, und das frühzeitige Verschwinden des Judextitels für den Consul[5]), so dürfte es kaum ratsam sein, eine entscheidende Einwirkung jenes alten Sprachgebrauchs auf den uns beschäftigenden Wortwert anzunehmen. Wie es scheint ist *iudicium* erst auf einem Umweg zur Vertretung des Processbegriffes, zunächst des honorarischen, gelangt, und zwar folgender Massen.

Die Magistrate versprachen in ihren Edicten „*iudicia*“ [6]) zu „geben“, d. h. nach dem ursprünglichen Wort-

---

[3]) S. Bd. I S. 139, 140, 149, 150, Mommsen Staatsrecht II[1] S. 5, 76, 77.

[4]) Vgl. Varro de l. l. VI c. 7 § 61, dazu Pernice Zeitschr. für R.G.R.A. Bd. XVIII S. 39; ferner Sallust. Catil. c. 29 (*imperium atque iudicium summum*), Histor. in der or. Lepidi § 13 (Jordan), Cic. de leg. III c. 3 § 8, Ulp. Dig. 50, 16, 131, 1 und die Stellen bei Karlowa Legisactionen S. 52 N. 1; über die Criminaljudication: Lex Acil. v. 4, 6, 72, Cic. l. c. III c. 3 § 6, Mommsen St.R. I S. 136, 137, 162.

[5]) S. Mommsen St.R. II[1] S. 77 N. 2.

[6]) Ist das *iudicium dabo* der Pandekten der ungekürzte Wortlaut des Julianischen Albums und zugleich der ursprüngliche aus der Zeit der Republik? Oder edicirten die alten Praetoren: *iudicium iudicem (recuperatoresue; zuweilen blos: iudicium recuperatorium) dabo addicam* und dazu etwa *iudicarique iubebo?* Diese und ähnliche Wendungen begegnen in den Leges. Doch sind sie wohl nur dem Legalstyl eigen, während die Gerichtsmagistrate solche Wortverschwendung in ihren sonst so knappen Edicten kaum je getrieben haben. Bei der Fassung der praetorischen Kundgebungen mochte jene peinliche Ausführlichkeit auch darum unnötig erscheinen, weil fast immer der Edicent als der Einzige mit der Handhabung der aufgestellten Norm zu

sinn „Gerichte[7]) zu gewähren". Die Richterernennung aber vollzog der Praetor schriftlich, im Eingang einer Urkunde, die dem Judex zugleich die erforderliche Weisung erteilte, und die den Parteien überreicht wurde zur weiteren Verwendung, vor Allem zum Zweck der Streitbefestigung. In Folge dessen stellte sich das *iudicium dabo* auch dar als Versprechen, eine Urkunde bestimmter Art zu übergeben, und *iudicium* konnte so zum Kunstwort werden, das der Bezeichnung der Schriftformel dient. Diesen neueren Sprachgebrauch haben die Praetoren selbst frühzeitig weiter ausgenützt. Wenigstens besitzen wir eine

---

thum hatte. Daher dürfte bei der Mehrzahl der uns überlieferten Clauseln die Schlusswendung im Hadrianischen und schon im Album der späteren Republik ebenso gelautet haben wie im Rechtsbuch Justinians. Bestätigt finde ich diese Regel — das einfache *iudicium dabo* — vor Allem durch die Probusnote 5 nr. 6 *(I. D.)* und durch einige Äusserungen Ciceros, die freilich zumeist Sicilische Edicte betreffen: in Verr. III c. 10 § 26, c. 11 § 28, c. 13 § 33 (abgedruckt in der folgenden Note), c. 13 § 34, c. 15 § 39, c. 65 § 152; vgl. auch II c. 12 § 30, c. 27 § 66. Vorbehalten bleibt hier die unabweisliche Frage, wie die Edicte gefasst waren, welche recuperatorische Judicia in Aussicht stellten. Davon weiter unten (§ 37).

[7]) Diese Übersetzung scheint allgemein gebilligt zu sein. Wenig geeignet, hiefür Beweis zu machen, ist Labeos Bericht bei Gell. XX. 1, 13 über den Inhalt eines Injurienedictes: *praetores . . . iniuriis aestumandis recuperatores se daturos edixerunt,* weil vielleicht das unterstrichene Wort der verlorenen Clausel wirklich angehörte. Dagegen tritt bei Cicero gelegentlich der ältere Wert von *iudicium dabo* unverkennbar hervor. So in Verr. III c. 13 § 33: *Cum uero uerbo iudicium sit in edicto, re quidem uera tuorum comitum, hominum nequissimorum, collusio cum decumanis . . . tamen audes ullius mentionem iudicii facere?* Vgl. ferner ibid. c. 13 § 34: *in decumanos octupli iudicium se daturum edixit* und § 33 cit. *(uerbo iudicium)* mit § 32: . . . *habuisse te edictum recuperatores in octuplum daturum;* endlich ibid. c. 15 § 39: . . . *causa erat iudicii postulandi, quod ex edicto professus non esset. Iudicium autem quod fuerit isto praetore, si quae cohors et qui comitatus fuerit, meministis, scire debetis.*

ganze Reihe von Edicten[8]), die im Sinne ihrer Urheber unzweifelhaft nicht so sehr die Bestellung eines Judex verheissen als die Ausfertigung einer Urkunde, in der die Anordnung des Spruchgerichts nur ein Teil des Inhalts sein sollte. Endlich wird *iudicium* selbst da verwandt, wo gerade an die Richterernennung nicht gedacht ist; so vielmals bei Cicero, der — um nur ein Beispiel anzuführen — in der Rede pro Tullio den Geschworenen zuruft (c. 3 § 7):

Iudicium uestrum est, recuperatores: „Quantae pecuniae paret . . .

Ubrigens muss der hier und anderer Orten[9]) geschilderte Bedeutungswechsel geraume Zeit vor Ciceros Auftreten erfolgt sein, da der römische Legalstyl, der ängstlich mit dem Aufwand vieler Worte Alles zu erschöpfen sucht, was gemeint ist, schon im Jahr 643 die im *iudicium* vereinigten Bestandteile sondert und statt des éinen Ausdrucks zwei setzt. Es ist also keineswegs tautologisch gesagt, wenn das alte Agrargesetz Z. 30, 33, 34, 35, (36) wiederholt *iudicium iudicem recuperatoresue dare* gebraucht oder noch genauer: *iurisdictio*[10]), *iudici iudicis recu-*

---

[8]) Aufgezählt in meiner Litiscontestation S. 15, 16.

[9]) R.P.G. Bd. I S. 75—80, Litiscontestation S. 14—19.

[10]) *Ius dicito (iuris dictio esto)* steht in den Gesetzinschriften regelmässig neben und vor *iudicia dato* (auch vor *iudicis arbitri recuperatorum datio addictioue*): L. Anton. de Termess. II Z. 4, 5, Fragm. Atest. Z. 14, 15, 18, (21), L. Rubr. c. 20 I Z. 17, 18, c. 23 II Z. 57, L. Urson. c. 105, L. Malac. c. 65; dazu c. [5]5 der sog. L. Mamilia (Jul. agrar. — Die Überlieferung dieses Gesetzabschnittes in der Feldmessersammlung ist schwerlich ganz wortgetreu), Fragm. de iudiciis (Krüger Collectio III p. 299). Der weitere Begriff ist der der *iurisdictio;* er umfasst namentlich auch die Verweigerung des Judiciums. Wo die beiden Ausdrücke verbunden sind, da ist gemeint: *iurisdictio*, insbesondere *iudicii datio;* vgl. Lab.-Paul. D. 2, 4, 11, Ulp. D. 2, 1, 3 — 2, 1, 4 —

peratorum datio, und später in umgekehrter Reihenfolge das Gesetz der Heracleer Tafel Z. 44, 45: *iudicem iudiciumue dare.* Vielmehr geht der eine Ausdruck auf die Anordnung des Gerichts, der andere auf die Erteilung des Weistums.

Vom *iudicium* im zuletzt entwickelten Sinn stammt nun, wie ich glaube, die Wortbedeutung ab, mit der wir uns früher beschäftigt haben. Nach dem Mittel, das der Magistrat den Parteien zur Einleitung und Fortführung des gerichtlichen Streits übergiebt, nach der Urkunde, der das Amtsrecht dieselbe Aufgabe zugeteilt hatte wie das alte Civilrecht der solennen Rede *(actio)*, erhielt das neuere Verfahren selbst den Namen *iudicium.* Die Schriftformel aber ist Processinstrument nicht minder vor dem Praetor wie vor dem Geschwornen. Demnach weist *iudicium* in der Zeit, von der wir sprechen, weder ausschliesslich noch

---

50, 17, 102, 1; auch Huschke Bruchstücke S. 19, 21. Abweichend vom gewöhnlichen Legalstyl heisst es im Fragm. Atest. Z. 7, 8: *quo minus . . . iudex arbiterue addicatur detur*, *quoue minus iudicium ita feiat* (= „der Process begründet werde", durch Litiscontestatio — vgl. L. Rubr. c. 20 I Z. 22, 23, 32, 33) und dem entsprechend, doch mit einigen Änderungen, in Z. 8, 9: *iudicia data erunt*, *iudicium fierei exerceri* („betrieben werden", vgl. Paul. D. 4, 8, 32, 9 — an magistratische Geschwornenleitung ist hier natürlich nicht zu denken) *oportebit . . .* In der L. Rubria (c. 20 I Z. 18, c. 23 II Z. 57, 58, dazu c. 20 I Z. 20, c. 21 II Z. 13, 14: vgl. auch Cic. de leg. III c. 3 § 8) folgt dem *iudicia dato* noch *iudicareque iubeto (cogito).* Ist dies blosser Wortschwall? Dagegen spricht entschieden das von Macer Dig. 48, 11, 7, pr. mitgeteilte Capitel der L. Julia repetundarum. Wie es scheint bestätigt der Zusatz *iudicare iubeto* die in meiner L.C. S. 55 ausgesprochene Vermutung, dass der Geschworne einen besonderen Bescheid unmittelbar vom Magistrat oder von dessen Dienern empfing. Der Regel nach wurde wohl durch denselben Bescheid auch der Verhandlungstermin oder eine Frist festgesetzt; vgl. L. Urson. c. 95, Ulp. Dig. 2, 1, 13, 1 — 5, 1, 2, 2; dazu Ulp. D. 5, 1, 59 — 1, 12, 3, Paul. D. 5, 1, 58.

vorwiegend auf den Spruchrichter hin und auf Dasjenige, was vor ihm geschieht. *Iudicium* war also in der That geeignet, auch das Verfahren vor dem Magistrat, d. h. die Streitbefestigung zu bezeichnen.

Sollte die vorgetragene Hypothese das Richtige nicht ganz verfehlen, so wäre das Abstammungsverhältniss der einzelnen Bedeutungen von *iudicium* ein wesentlich anderes als bei der *actio*. Doppelsinnig ist der letztere, anfänglich nur dem Civilrecht eigentümliche Ausdruck ebenso wie *iudicium*. Er wird gebraucht wie für den gesetzlich geordneten Process, so auch für das legale Processmittel; für die Handlung also und für das Werkzeug (den Spruch), mit dem die Parteien den Streit durchführen[11]. Allein das Wort *actio* zeigt in erster Linie und ursprünglich eine Thätigkeit an, besonders das feierliche Handeln: daher das „Agiren" des Schauspielers auf der Bühne, des Magistrats *cum populo* bei der Fragestellung[12], des „Klägers" *cum reo* bei der Streitbefestigung[13]. Weil aber das „Handeln" der Processgegner nach Volksrecht in förmlicher Rede besteht, bezeichnete man die Formeln, deren sich die Litiganten bedienten, ebenfalls als *actiones*. Während also das honorarische Verfahren benannt wurde nach dem Instrument, mit dem die Parteien procedirten, ist auf dem Boden des Legalrechts gerade umgekehrt zuerst der Name für den Process entstanden, und dieser erst übertragen auf das Processmittel, auf die solennen Parteisprüche.

---

[11]) S. Bd. I S. 30, 31, 75.

[12]) Vgl. Messala bei Gell. XIII. 16 § 2, 3 (Hertz), Mommsen St.R. I S. 192 N. 1.

[13]) Vgl. meine Litiscontestation S. 80, 40.

Wie dann auf Grund des Aebutischen Gesetzes die bis dahin nur dem amtsrechtlichen Process *(quod imperio continetur)* angehörige Schriftformel *(iudicium)* in das legitime Verfahren unter römischen Bürgern eindrang, das ist im zweiten Capitel dieser Schrift ausführlich dargelegt. Auf die Einreihung unter die *legis actiones* im Sinne des Gai. IV. 12 konnte der neue *modus agendi* ebenso Anspruch erheben wie die älteren Processarten der Lex Silia und Calpurnia, da er ebenfalls auf einer Legalnorm beruhte. Indess hatte die Aebutia im Wesentlichen doch nur die amtsrechtliche Einrichtung in das Jus civile aufgenommen, und so lag denn Nichts näher, als dass mit der Sache auch der dafür hergebrachte Name auf den Legalprocess übertragen ward[14]). Das Verfahren unter Bürgern hatte seither, wenn die Parteien es wollten, die Gestalt des honorarischen „Judiciums", nur war es jetzt, der Regel nach, auf die Lex Aebutia gegründet und dem entsprechend mit den Wirkungen des Volksrechtes ausgestattet, daher *iudicium legitimum.*

Das Aufkommen dieser Bezeichnung kann übrigens auch in anderer Weise gedacht und muss anders erklärt werden, wenn — was ja möglich ist — zur Zeit des Reformgesetzes die Verwendung von *iudicium* im Sinne von „Process" noch nicht feststand. Unter dieser Voraussetzung wäre unsere Frage folgender Massen zu erledigen. Wenn die Juristen der Republik das Legalverfahren älteren und jüngeren Styls verglichen, so fiel naturgemäss vor Allem die Beschaffenheit des Processmittels in die Augen, das im einen und anderen System verschieden war. Dort

---

[14]) Vgl. auch Bd. I S. 164.

die gesprochene Formel, die *actio;* hier die geschriebene, das *iudicium.* Sollte dieser Gegensatz auch in den Namen der beiden Processarten hervortreten, so musste man verzichten auf den Gebrauch von *actio* für das Aebutische Verfahren. Dagegen empfahl sich als durchaus passend das Wort *iudicium*, welches einerseits auf die Schriftformel hinwies, andererseits geeignet schien, jeden geordneten Vorgang vor richterlichen Personen, Beamten oder Geschworenen, anzuzeigen. Damit war auch eine gewisse Übereinstimmung in der Benennungsweise des älteren und neueren Verfahrens erzielt. In beiden Systemen bezeichnete der nämliche Ausdruck Beides zugleich, den Process wie das Processmittel, dort *actio* hier *iudicium.*

§ 21. *Iudicium* im nachklassischen Recht.

Zum Schlusse sei noch eine Bemerkung gestattet, die den Sprachgebrauch der nachklassischen Zeit betrifft. Gewöhnlich nimmt man [1]) an, die *cognitio* der Magistrate, welche unter der Kaiserherrschaft immer weiter um sich griff, sei nach Beseitigung der Schwurgerichte „zum Typus des ordentlichen Processes erhoben". Wenn das richtig ist, so hat die Frage Berechtigung, ob sich die Umwandlung auch sprachlich ausdrückt in den Constitutionen seit Diocletian?

Die angeführte Behauptung ist ohne Zweifel folgerichtig entwickelt aus der Kellerschen Lehre von der Formlosigkeit der Verhandlung in Jure seit dem Wegfall der Legisactio. Wer die Streitbefestigung des Aebutisch-Julischen Rechts mit Keller als „Zeitpunkt" auffasst und so

---

[1]) Vgl. statt Aller Keller Civilprocess § 1 S. 5, § 81 S. 417, 418.

in Wahrheit aus der Welt schafft, der wird der Schriftformel nur die éine Aufgabe zuerkennen, als Richtschnur für den Geschwornen zu dienen. Hatte dann der Judex seine Rolle ausgespielt, so wäre notwendig auch die Herrschaft der *concepta uerba* zu Ende gewesen. Anders aber wird man urteilen müssen, wenn die in meiner „Litiscontestatio“ ausgeführte Theorie Anklang finden sollte [2]). Dieser zufolge enthielt die Schriftformel das von den Parteien vereinbarte Processprogramm, und die Urkunde als solche ist für den Vollzug der Streitbefestigung das unentbehrliche Instrument. Wurde kein Geschworner mehr bestellt, so war in der Formel nur der Eingangssatz, das *iudex esto,* wegzustreichen, und in Gedanken der Beamtenrichter der neuen Ordnung als Adressat einzuschalten [3]), um dem alt-

---

[2]) Zugestimmt haben bisher Loth. Seuffert, Sohm, Friedr. Stein, Thon in der 7. Aufl. von Heumanns Handlexicon S. 160 (vgl. aber S. 102, 103), Ubbelohde bei Glück Ser. d. B. 43, 44 II S. 421 N. 26 (1890 — anders noch S. 114 N. 46 b) und im Wesentlichen auch Joh. Merkel. Zur Anzeige des Letzteren (Gött. gel. Anz. v. 1889 Nr. 26) muss ich mir erlauben, Einiges zu bemerken. M. verschweigt (S. 1007, dazu freilich S. 1009) gerade die Hauptform der Aebutischen Litiscontestatio: das Geben und Nehmen der Urkunde. Er behauptet (S. 1008) meine Belege seien „durchaus sprachlicher Natur“. Doch nicht! Denn meine Übersetzung von *iudicium edere* und *accipere* führt auf eine Vertragsform, und der Processvertrag ist uns (was ich L. C. S. 56—69 auszuführen suche) ausdrücklich bezeugt. Die „Trennung von Begriffsbestimmung und Etymologie“ (S. 1009) bei der Erklärung der Festusstelle will der Rez. nicht recht gelten lassen. Dagegen möchte ich jetzt, einer freundlichen Anregung des Herrn Geheimrats Fitting folgend, auf das *testamentum* der Römer aufmerksam machen. Ist etwa beim Testiract der Zeugenaufruf der Kern der Handlung? Und doch weist der Name nur darauf hin (vgl. übrigens L. C. S. 82, 83 u. S. 83 N. 1). Endlich zur S. 1008: Ist das wirklich die „Hauptfrage“ in meiner Schrift, ob der Zeugenaufruf im Aebutischen Process üblich blieb?

[3]) Dass der Beamte eine Anweisung für sich selbst zulässt, ist

bewährten Processmittel die Anwendbarkeit auch im reformirten Verfahren zu sichern.

Von diesem Standpunkt aus[4]) wird man am ehesten den im Cod. Just. 2, 58 (Kr. 57), 1 erhaltenen Erlass des Constantius von 342 unbefangen würdigen, der fast fünfzig Jahre nach dem vermeintlichen[5]) Reformgesetz Diocletians (a. 294) die Verwendung der *iuris formulae* verbietet[6]).

---

keineswegs unglaublich. Diese Bedeutung der Formel trat zurück gegenüber der anderen, die Parteien zu binden.

[4]) Von ähnlichen Erwägungen ausgehend hat schon Wieding Libellprocess S. 126—129 und besonders Bekker Actionen Bd. II S. 225—236, 358—362 dem nachklassischen Process Formeln zugeschrieben; vgl. auch Hartmann-Ubbelohde Ordo I S. 524, 530 N. 44, S. 537, 538 N. 66, Cogliolo Storia del diritto privato romano I p. 185 N. 273. Beachtenswert ist Diocletians l. 3 C. com. rer. 4, 52 (a. 293 — Krüger), welche der Streitbefestigung durch *iudicium* (= Formel) *dictare* gedenkt, und eine Constitution desselben Kaisers (a. 295) in der Cons. V. 7, deren Anfangsworte ich hersetze: *quotiescunque ordinatis actionibus aliquid petitur* . . . L. 47 (Mo. 46) § 1 D. n. g. 3, 5 (Paul.), die den Meisten und mit vollem Recht für interpolirt gilt (s. Wlassak Neg. gestio S. 33 N. 21, aus jüngster Zeit die gründliche Erörterung Lotmars Münch. krit. Vtljschr. Bd. XXVIII S. 337—340), könnte natürlich, auch wenn sie echt wäre (was neuerdings Ubbelohde im Ordo I S. 531 N. 45a, minder entschieden bei Glück Ser. d. B. 43, 44 II S. 539, 540 annimmt), das *non obseruare* der *conceptio formularum* nur auf beschränktem Gebiete darthun.

[5]) S. Pernice Ztschr. f. R.G.R.A. Bd. XX[1] S. 103—112.

[6]) Vorhergegangen war (a. 339) die Abschaffung der *uerborum obseruantia* bei der Erbeinsetzung und beim Vermächtniss: Cod. J. 6, 23, 15 — 6, 37, 21 (*ad populum* — ebenfalls von Constantius und Constans: so nach Gothofredus Krüger; a. A. aber Seeck Ztschr. f. R.G.R.A. Bd. XXIII S. 225, 250, vgl. auch S. 187, 188: Constantin a. 320). Daraus erklärt sich vielleicht die eigentümliche Fassung der c. 1 cit., die Eisele Z. Geschichte der process. Behandlung der Exceptionen S. 20 N. 28 beanstandet. Die Kaiser wollen mit der neuen Verordnung dem gefährlichen Formelwesen (*Iuris formulae aucupatione syllabarum insidiantes cunctorum actibus*) vollends den Rest geben (*radicitus amputentur*), auch in den Processen. Letzteres hat die Constitution wohl ausdrücklich gesagt. Der im Codex uns vorliegende Satz

Nicht die Einschärfung Dessen, was ein Vorgänger im Reich angeordnet hatte, sondern ein erstmaliges Verbot dürfte uns vorliegen, und keinesfalls kehrt sich dieses gegen eine längst abgestorbene Einrichtung. Weiter aber versteht es sich so von selbst, dass noch Diocletian und die folgenden Kaiser den Privatprocess ihrer Zeit *iudicium* (oder *lis*) nannten.

Übrigens sind wir gar nicht gezwungen, auf die Beibehaltung der Formeln Gewicht zu legen, wenn die Frage erwogen wird, weshalb man *iudicium* weiter gebrauchte, statt es mit *cognitio* zu vertauschen. Änderungen des sprachlichen Besitzstandes sind gewöhnlich nur durchzusetzen, wenn sich das alte Wort schlechthin unfähig erweist, auch den modificirten Begriff zu vertreten, und wenn zugleich das vorgeschlagene Ersatzwort genau hineinpasst in die eben entstandene Lücke. In unserem Fall trifft das Erste so wenig zu wie das Zweite.

Unter *iudicium* begreifen, wie wir gesehen haben, die Juristen der klassischen Periode keineswegs nur den Process vor dem Geschwornen, sondern ebenso die Streitbefestigung vor dem Praetor. Wenn nun den Beamten im dritten Jahrhundert regelmässig auch die Spruchthätigkeit der Geschwornen zufiel, so ist es gewiss nichts Erstaun-

---

ist ja gewiss nicht die ganze Verordnung. Die Compilatoren aber konnten sich mit der Aufnahme des allgemein klingenden, volltönenden Satzes begnügen, weil sie die besondere Beziehung auf die Klagformeln durch die Titelüberschrift ausser Zweifel gestellt hatten. Jedenfalls ist es höchst unwahrscheinlich, dass die Absicht der Urheber des Erlasses gerade auf den Process nicht gerichtet war. Aus der Adresse endlich, die bei c. 1 cit. so lautet: *Marcellino praesidi Phoenice*, während das Edict von 339 sich an den *populus* wendet, darf man schwerlich irgend Etwas ableiten; vgl. Krüger Quellen S. 264, 265.

liches, dass solchen Processen, welche bisher *iudicia* hiessen, dieser Name nach wie vor gewahrt blieb. Unpassend konnte er gewiss nicht erscheinen für das Verfahren vor einer Obrigkeit, der neben der *iurisdictio* jetzt auch die *iudicatio* zustand. War es doch nur die Erneuerung eines alten, nie ganz erloschenen Gebrauchs, den Beamtenrichter „*iudex*" zu nennen und darnach das Beamtengericht nebst dem zugehörigen Processe „*iudicium*" [7]). Vorbereitet ist diese Wandlung schon in der Zeit, wo in Rom, trotz der Vermehrung der selbst urteilenden Beamten, der Gegensatz des regelmässigen und des Extraordinarverfahrens noch volle Geltung hatte. Auch die Juristen jener Zeit halten die strenge Terminologie nicht mehr fest und verwenden *iudex, iudicium* zuweilen für die richterliche Obrigkeit und die Cognition der Magistrate. So will z. B. Marcian in l. 11 D. de off. pr. (1, 18) sehr wahrscheinlich nur Dasselbe sagen, was Proculus im Anfang der unmittelbar folgenden l. 12 ausspricht [8]).

Omnia enim prouincialia desideria, quae Romae uarios iudices habent, ad officium praesidum pertinent.

Dies schreibt der jüngere Jurist; dagegen der ältere:

Sed licet is, qui prouinciae praeest, omnium Romae magistratuum uice et officio fungi debeat, . . .

Sollten diese Texte nicht genügen, so erbringt jedenfalls Ulpians Erläuterung eines der Restitutionsedicte ausreichenden Beweis: *magistratus* und *iudex* stehen in l. 26

[7]) Vgl. oben S. 53 N. 4; dazu aus der Kaiserzeit: Ulp. Dig. 5, 1, 2, 8, Macer Dig. 48, 11, 3.

[8]) Damit ist vermutlich auch Pernice (Festgabe f. Beseler S. 57 zur N. 1) einverstanden, der andernfalls wohl die l. 11 D. cit. weiter ausgenützt hätte.

§ 4 D. ex quib. c. (4, 6) ohne Zweifel abwechselnd zur Vertretung desselben Begriffs[9]).

Nicht minder gewiss ist in anderen Ulpianschen Stellen die Verwendung von *iudicium* zur Bezeichnung solcher Processe, die ohne Geschworne und selbst ohne Formel erledigt wurden. So in l. 6 § 1 D. de his (3, 2):

Sed si furti uel aliis famosis actionibus quis condemnatus prouocauit, pendente iudicio[10]) *nondum inter famosos habetur,*

l. 1 § 5 D. de uar. et extraord. cogn. (50, 13):

Proinde ne iuris quidem ciuilis professoribus ius dicent: est quidem res sanctissima ciuilis sapientia, sed quae pretio nummario non sit aestimanda nec dehonestanda, dum in iudicio honor petitur, qui in ingressu sacramenti offerri debuit[11]).

Bedenkt man noch die nach späterem Kaiserrecht nicht seltene Berufung von „Unterrichtern", welche *iudices* hiessen wie die alten Geschwornen, so haben sich Gründe genug gefunden, welche den Übergang von *iudicium* = Process in die Sprache der Constitutionen von Diocletian bis Justinian vollauf rechtfertigen.

---

[9]) Vgl. auch Joh. Merkel Abhandlungen II S. 98 N. 8.

[10]) Über das Verfahren in der Appellationsinstanz Puchta Institutionen Bd. I § 181 vor N. 1 (S. 565), J. Merkel a. a. O. II S. 139.

[11]) Hieher gehört auch Ulp. Dig. 40, 12, 7, 5. Der Satz: *cum de hoc incertum est, ut possit iudicium ordinem accipere, hoc ante apud eum, qui de libertate cogniturus est, disceptatur, utrum ex libertate in seruitutem aut contra agatur* ist weder interpolirt (s. Bd. I S. 179 N. 12), noch ist Lenels neuere Auslegung (Paling. II p. 757 N. 7) und der Widerspruch gegen meinen Vorschlag (L.C. S. 73 N. 5) begründet. Näheres in der Ztschr. f. Privat- und öffentl. Recht Bd. XIX (1892). Anscheinend verkennt selbst Lenel die weitere Bedeutung von *iudicium* (P.G. § 2, 19) oder wenigstens die oben dargelegte Sprachweise Ulpians.

Andererseits war auch der Ausdruck *cognitio*, der einzige, den man in Betracht ziehen konnte, durch seine Geschichte nicht empfohlen zur Übernahme der dem klassischen Kunstwort bisher zugewiesenen Aufgabe. Einmal zeigen *cognoscere* und *cognitio* Nichts an, was gerade der magistratischen Thätigkeit bei der Rechtspflege eigen wäre. Auf den Judex können beide Worte ebensogut bezogen werden, und die Juristen haben sich ihrer in dieser Verbindung in der That recht häufig bedient[12]). Sodann ist das „Cognosciren" des Beamten an sich durchaus nicht unverträglich mit dem ordentlichen Verfahren des klassischen Rechts; vielmehr ist es als Vorbereitung des letzteren hie und da ausdrücklich anerkannt[13]). Hiernach kann in genauer Rede weder die *cognitio* schlechtweg den Gegensatz machen zur Geschwornenthätigkeit, weil auch der Judex cognoscirt; noch selbst die *cognitio praetoris* oder *proconsulis* zum ordentlichen Process, weil sie diesem auch als magistratischer Act nicht fremd ist. In den Rahmen des regelmässigen Verfahrens fügen sich also nur solche Cognitionen der Beamten nicht ein, die weder näher noch entfernter zu Judicien hinführen, die ein Judicium nicht einleiten, sondern ersetzen wollen, indem sie abschliessen mit einem der Sentenz des Geschwornen ähn-

---

[12]) Einige Belege im I. Bd. S. 217; dazu Jul. D. 5, 1, 74, pr., Jul.-Ulp. D. 5, 3, 33, 1, Pomp.-Paul. D. 42, 1, 36, Gai. D. 10, 2, 1, 1, Scaev. D. 45, 1, 135, 2, Ulp. D. 2, 4, 2 — 10, 4, 3, 9 — 27, 2, 2, pr. — 27, 4, 3, pr. — 28, 5, 35, pr. — 50, 5, 13, 3; auch Tacit. de orat. c. 5, Gell. N. A. XIV. 2 § 16, 17, 21, 25.

[13]) So in den praetorischen Edicten mit *causa cognita iudicium (actionem) dabo:* Dig. 14, 5, 2, pr. — 47, 10, 15, 34 — 47, 10, 17, 10; dazu Prob. 5, 12, Gai. IV. 118. Irrig Rudorff Rechtsgeschichte Bd. II § 58 N. 2; s. auch Eisele Proc. Behandlung der Exceptionen S. 17 N. 23.

lichen Spruche. Lediglich diese besonders gearteten Cognitionen stellen die Römer dem ordentlichen Rechtsstreit gegenüber und bezeichnen sie demgemäss als *extra ordinem* oder *extraordinariae*[14]).

Das Vorstehende kann belegt werden aus den Schriften der spätesten Klassiker[15]). Doch ist allerdings eine daneben vorhandene Strömung zu beachten, welche dahin

---

[14]) Gegen die Auffassung des *extra ordinem* in meinen Krit. Studien S. 70—91 sind von Ubbelohde bei O. E. Hartmann Ordo I § 39 manche Einwendungen erhoben, die sich nicht kurz beantworten lassen. Der Herausgeber des verdienstlichen Werkes hat vom Verf. die wunderliche Vorliebe für späte und trübe Quellen übernommen. Auf diesem Wege kann ich ihm nicht folgen. Ubbelohdes eigene Deutungen des *extra ordinem* sind m. E. zum Mindesten ebenso unsicher wie die von mir vertretenen. Trotzdem verwirft er gern fremde Ansichten als „willkürlich". Besonders möchte ich hier nur die Unterstellung zurückweisen (Ordo I S. 477 ist kaum anders zu verstehen), als seien nach meiner Ansicht „alle *cognitiones* ohne Weiteres *extraordinariae*". Dieses Missverständniss ist im Voraus entschieden abgewehrt in den „Krit. Studien" S. 87. Deutlicher als früher würde ich mich jetzt über das *ius ordinarium* der Quellen äussern. Dieser Ausdruck ist meist auf das Aebutisch-Julische und praetorische Processrecht zu beziehen, d. h. auf das Recht des *iudicium legitimum* und *imperio continens.*

[15]) Wegen des cognoscirenden Judex vgl. die oben in N. 12 angezogenen Ulpianschen Fragmente. Dass ferner solche Cognitionen, welche die Juristen zum regelmässigen Verfahren in Gegensatz bringen, als magistratische besonders bezeichnet werden, das zeigen u. a. folgende Stellen, die alle Ulpian zugehören: Lib. sing. reg. XXV. 12: . . . *non per formulam . . . sed cognitio est . . . consulum aut praetoris* [dazu Gai. II. 278: . . . *legata per formulam . . . fideicommissa uero . . . apud consulem uel apud eum praetorem . . .*], Dig. 6, 1, 1, 2: . . . *aut praeiudiciis aut interdictis aut cognitione praetoria* [dazu Pernice Festgabe f. Beseler S. 65], Dig. 4, 4, 13, 1: . . . *uel cognitione praetoria uel rescissa alienatione dato in rem iudicio*, D. 43, 30, 3, 3: *cessat interdictum et succedere poterit notio praetoris* (dagegen Jul. D. 43, 30, 3, 4: *interdictum-cognitio*). Überall handelt es sich in diesen Texten um eine Cognitio anstatt des Judiciums; und in ganz gleichartigen Fällen steht, wieder bei Ulpian, der *actio* und dem *interdictum* das *extra ordinem* gegenüber: D. 11, 7, 12, pr. — 11, 7,

ging, *cognitio* ohne Zusatz hauptsächlich von der magistratischen und insbesondere von den extraordinären Rechtspflegeacten zu gebrauchen. Hierauf deuten z. B. die Überschriften der Werke des Callistratus und Paulus *de cognitionibus*, verglichen mit den aus diesen Abhandlungen erhaltenen Fragmenten. Jedenfalls aber war die letzterwähnte Sprachweise nicht in dem Masse durchgedrungen, dass sich *cognitio* ohne Beiwort als der gerade passende Ausdruck für den nachklassischen Process dargeboten hätte.

Wer übrigens, allgemein oder in besonderen Fällen, dem Vordiocletianschen Verfahren ohne Formel und Judex auch andere gewichtige Abweichungen vom ordentlichen Rechtsgang zuschreibt[16], der muss daraus noch weitere Bedenken ableiten gegen die Vertauschung von *iudicium* und *cognitio*[17] nach der Beseitigung der Geschwornen. So weit nämlich diese Änderung der Gerichtsverfassung nicht notwendig gewisse Umbildungen im Gefolge hatte, sollten sicher für diejenigen Streitsachen, wo früher Privatrichter geurteilt hatten, die bisherigen Processregeln auch in Zu-

---

14, 2 — 25, 4, 1, 1 — 43, 4, 3, pr. — 43, 32, 1, 2 [dazu Ad. Schmidt im Freib. Prorektoratsprogramm von 1856 S. 34—46]. Um anderer Zwecke willen sind diese Stellen in Bekkers Actionen Bd. II S. 197 N. 32, S. 208 N. 70, 71 gesammelt.

[16]) Vgl. namentlich Bekker Actionen Bd. II S. 199—211, andererseits Ubbelohde bei Hartmann Ordo I S. 498—518, auch Rudorff R.G Bd. II S. 203 und neuestens Salkowski in Glücks Commentar T. 49 S. 613—617.

[17]) Für eine Erklärung des Daseins zweier Codextitel: *de ordine iudiciorum* (III. 8), *de ordine cognitionum* (VII. 19) fehlt hier der Raum. [Der zweite hängt zusammen mit einer Rubrik des praetor. Albums: *de ordinanda liberali causa;* vgl. meine L.C. S. 73—76, S. 74 N. 1.] Was Ubbelohde bei Hartmann Ordo I. S. 537 anführt, scheint mir nicht genügend. Mit Recht aber beanstandet U. die „Cognitiones" auf dem Titelblatt von Bethmann-Hollwegs Civilpr. Bd. III.

kunft in Geltung bleiben. Die Abschaffung des hergebrachten Processnamens hätte aber den Anschein erzeugt, als sei fortan überall kein Unterschied mehr zwischen den alten Ordinar- und Extraordinarsachen, und das Recht der letzteren jetzt durchaus massgebend auch für die ersteren.

Indessen mag man die hier namhaft gemachten Gründe immerhin verwerfen, keinenfalls ist die Thatsache selbst, die wir zu erklären versuchten, irgend einem Zweifel unterworfen. Wie die Aufhebung der alten Gerichtsverfassung so hat nachweislich auch das später folgende Verbot der Formeln keinen Einfluss geübt auf den hier behandelten Sprachgebrauch. Nach wie vor Diocletian begegnet in den Kaisergesetzen neben *lis* und *negotium* zur Bezeichnung desselben Begriffes auch *iudicium*. Die in der Note[18]) zum Zeugniss aufgerufenen Stellen stammen aus der Zeit von 294 bis 533, die ältesten aus dem zweiten Decennium von Diocletians Regierung, die jüngsten aus den Jahren der Compilation. Wenn also Justinian *iudicium* = Process in den klassischen Excerpten stehen liess, in die Codexrubriken und in neugeschriebene Abschnitte seiner Institutionen setzte, so ist das nicht etwa die Wiederaufnahme einer in

---

[18]) Vgl. Diocl. l. 7 C. de iudic. (3, 1), l. 4 § 1 C. de usur. p. (5, 56), l. 4 C. si adv. lib. (2, 31 — Kr. 2, 30), l. 6 § 1 C. de appell. (7, 62), Constantin [a. 322] l. 5 C. de dil. (3, 11), [a. 325] c. 2 C. Th. de iud. (3, 18) = l. 10 C. de iud. (3, 1), Gratian [a. 382] c. 3 C. Th. de cogn. (2, 12) = l. 24 C. de proc. (2, 13 — Kr. 2, 12), Theodos. [a. 424] c. 1 § 1 in f. C. Th. de action. (4, 14), [a. 428] c. 1 C. Th. de omiss. (2, 3) = l. 2 C. de form. (2, 58 — Kr. 2, 57), [a. 440] l. 1 (§ 2) C. qui pro sua (3, 4), Zeno [a. 486] l. 14 C. de test. (4, 20), Justinian [a. 530] l. 5 § 1, 2 (Kr. § 3, 4) C. de rec. (2, 56 — Kr. 2, 55), [a. 531] l. 2 (§ 2) C. de adsert. (7, 17), § 11 I. de except. (4, 13), § 8 I. de interd. (4, 15). Dass auch die Justinianischen Gerichte *iudicia* heissen, ist allbekannt; s. Hartmann-Ubbelohde a. a. O. I S. 537.

der Zwischenzeit gemiedenen Ausdrucksweise. Vielmehr war unser Wort in dem gedachten Sinn nie ausser Anwendung gekommen; schon unter der Republik[19]) bezeichnet es den g a n z e n Process mit Einschluss der Streitbefestigung, zuerst das Formelverfahren des praetorischen, dann des legitimen Rechts, schliesslich in gleichem Umfang den spätkaiserlichen und Justinianischen Process.

---

[19]) Vgl. Cic. orat. part. c. 28 § 100 (dazu meine L.C. S. 34 N. 1), p. Quinct. c. 2 § 9, p. Flacco c. 21 § 50, Fragm. Atest. Z. 8, 9, L. Rubr. c. 20 I Z. 22, 23, 32, 33 (oben § 20 N. 10), Alfen-Paul. l. 58 D. de r. v. (6, 1). [Der überlieferte Text der l. 58 in f. erregt Bedenken.]

Fünftes Capitel.

Gaius' Bericht IV. 104.

§ 22. Litteratur zu Gai. IV. 104. — Die richtige Auffassung.

Im ersten Capitel dieser Schrift (§ 3) ist der Versuch gemacht, das Wesen des *iudicium legitimum* zunächst aus dem Namen der so und vermutlich nie anders benannten Einrichtung abzuleiten. Gaius selbst, unser wichtigster Gewährsmann, hat der Forschung diesen Weg gezeigt, da er (IV. 103) die durch moderne Deutelei mehr und mehr verdunkelte[1]) „Legitimitaet" der Judicia ebenso einfach wie ausreichend mit den Worten erklärt: *legitimo iure consistunt.* Demnach ist es nichts Anderes als die sattsam bekannte Unterscheidung der Rechtsquellen, worauf die

[1]) Vgl. neuerlichst (1889) Lotmar Krit. Viertleljschr. Bd. XXXI S. 486—488, der — zweifelnd — an eine oben Bd. I S. 49, 50 verworfene Ansicht anknüpft. Auf Gai. IV. 103 weise ich nochmals hin, da L. S. 486 trotz Bd. I S. 32, 34, 35 behauptet: „Gaius definirt zwar die *iudicia legitima*, aber nur die Sache, während er den Namen unerklärt lässt".

Einteilung der mit Schriftformel instruirten Processe beruht. Wie die Actionen in zwei Gruppen zerfallen, in eine civile und eine praetorische, von denen die erste im Volksrecht, die andere im Amtsrecht ihren Ursprung hat, so stehen gesondert auch zwei Massen von Processregeln neben einander. Bald unterliegt das in Rom begründete Verfahren volksrechtlichen Normen: dann heisst das Judicium „legitim“, nach der Lex Aebutia in älterer, nach der stadtrömischen Julia in der Kaiserzeit; bald ist es geordnet durch obrigkeitliche Satzung und wird dann bezeichnet als *iudicium imperio continens,* weil es seine Geltung lediglich der Befehlsgewalt des Magistrats verdankt, die überall da, wo sie nicht Legalrecht ausführt, nur Vergängliches schaffen kann.

Halten wir fest an dieser Anschauung, so muss sich sofort eine Untersuchung anschliessen, die das Verhältniss des Gaianischen Berichtes in IV. 104 zu dem aus § 103 gewonnenen Ergebniss aufklärt. „Legitim“ — sagt der Jurist — sind die *iudicia quae in urbe Roma uel intra primum urbis Romae miliarium inter omnes ciues Romanos sub uno iudice accipiuntur.* Was soll diese zweite Äusserung über die „gesetzlichen Processe“, die von den Auslegern des Gaius meist so behandelt wurde, als wäre sie überhaupt die einzige? Gewiss wird es Niemand statthaft finden, einen Widerspruch der unmittelbar vorhergehenden Worte des § 103 mit den zuletzt mitgeteilten anzunehmen. Daher sehen wir uns genötigt, eine Beziehung anzuerkennen zwischen dem dort genannten *ius legitimum* und allem dem, was hier im § 104 von dem gesetzlichen Verfahren berichtet wird. Demnächst ist nun darzulegen, wie beschaffen der in Rede stehende Zusammenhang sein könnte.

Mommsen[2]) denkt, wie es scheint, an ein Gebot der Lex, des Inhalts: „der Praetor habe durch sein Imperium dieses Gericht“ (d. h. wohl: das Gericht *in urbe Roma* etc.) „herbeizuführen“. A. Pernice[3]) will wenigstens das mit den Worten *sub uno iudice* ausgedrückte Kennzeichen aus einem Befehl der Lex herleiten: „das Gesetz habe den Stadtpraetor verpflichtet unter lauter römischen Bürgern einen Einzelrichter zu bestellen“. Nach Mommsen wären also die Gerichte und Processe unter praetorischer Leitung, die auf Amtsrecht beruhen *(quae imperio continentur)*, nicht nur ohne gesetzliche Grundlage, sondern geradezu in Missachtung eines Gebotsgesetzes entstanden; nach Pernice träfe der Vorwurf der Gesetzwidrigkeit blos die in Rom mit recuperatorischer Formel begründeten Bürgerprocesse. Sollte sich Mommsens Behauptung nicht auf die Zeit beziehen, wo es einen einzigen Praetor gab, sondern auf die spätere, und dann wieder nur der Praetor gemeint sein, *qui inter ciues ius dicit*, so wäre sie kaum noch verschieden von Pernices Aufstellung.

Vor Allem glaube ich über éinen Punkt ohne Mühe Einverständniss erzielen zu können, darüber nämlich, dass zum Mindesten in den Worten: *inter omnes ciues Romanos*, so weit sie auf die Parteien gehen, kein Befehl der Lex nachklingt. Welchen Sinn sollte denn ein Gesetz haben, das den einzigen Praetor oder, nach der Einrichtung der zweiten *prouincia urbana*, den Stadtpraetor anwies, ein Gericht „unter lauter römischen Bürgern“ herbeizuführen? Hatte das „Gesetz“ etwa die Absicht, die

[2]) St.R. I S. 189 N. 1, dazu R.P.G. Bd. I S. 23, 24.

[3]) In d. Ztschr. f. R.G.R.A. Bd. XVIII S. 122, 123; vgl. R.P.G. Bd. I S. 34.

Peregrinenrechtspflege zu verbieten? Damit wäre die Zulässigkeit eines Fremdengerichts bis ungefähr 512 d. St. in Abrede gestellt. Als die zweite Praetur ins Leben trat, konnte das Verbot keinenfalls noch fortbestehen. Oder soll es jetzt erst für den Praetor urbanus erlassen sein? So hätte man diesem eine Jurisdiction untersagt, die ihm gar nicht zustand, wenn nicht zufällig beide *prouinciae urbanae* in seiner Hand vereinigt waren. Oder soll „das Gesetz" vielleicht das Bürgergericht angeordnet, das Fremdengericht nur erlaubt haben? War es also der Sinn der Lex, dass der Praetor römischen Bürgern Process und Schwurgericht nie denegiren dürfe? Es ist kaum der Mühe wert, diese Hypothesen zu widerlegen, für die sich schwerlich eine Stimme erheben wird, noch bisher erhoben hat. Hier sind sie nur aufgeführt, um die Überzeugung zu erwecken, dass das éine Merkmal des legitimen Formelverfahrens gewiss aus keinem Befehl „des Gesetzes" an die Beamten entstanden ist.

Betreffs der übrigen Punkte, der *urbs Roma* und des bürgerlichen *unus iudex*, müssen wir uns damit begnügen, dem „gesetzlichen Recht" bei Gai. IV. 103, d. h. also der Aebutischen und Julischen Gerichtsordnung unbedingte Gebote solcher Art abzusprechen, worauf jene weiteren Erfordernisse des Judicium legitimum etwa beruhen könnten. Anderer Ansicht ist hier wahrscheinlich A. Pernice, der freilich „das Gesetz" nicht näher bezeichnet, aus dem er die Verpflichtung des Stadtpraetors herleitet, streitenden Römern einen Einzelrichter zu „bestellen". Sollte aber neben „altem Staatsrecht" auch die Lex Aebutia gemeint sein, so dürfte an die Recuperatoren im Bürgerprocess zu Rom erinnert werden, deren Vorkom-

men für die Ciceronische Zeit[4]) — und keineswegs als etwas Neues, Unerhörtes — von Cicero selbst bezeugt ist (pro Tullio, pro Caecina). Den gleichen Beweis liefert für die Kaiserzeit Gaius IV. 105, 109 und verhindert so die Versetzung des fraglichen Gebotes in die Augusteische Gerichtsordnung. Wer dessen ungeachtet die verworfene Ansicht festhalten will, der hätte zuvor ein zweites Beispiel beizubringen, wo der Praetor neueren Volksgesetzen auch so geradezu ins Gesicht schlug, wie durch die Ernennung von Recuperatoren dem vermeintlichen Befehl der Lex Aebutia und Julia. Bisher kennen wir meines Wissens blos Fälle von Ungehorsam gegenüber veralteten Gesetznormen, die schon der Vergessenheit mehr oder minder anheimgefallen waren.

Pernice hat übrigens die erörterten Schwierigkeiten gewiss nicht übersehen; denn er sucht einen Ausweg zu gewinnen durch die Bemerkung: „der Absicht des Gesetzes sei auch durch Recuperatoren genügt". Darnach wäre der Stadtpraetor einerseits verpflichtet worden zur „Bestellung" des *unus iudex*, andererseits hätte die Lex eine abweichende Übung nicht missbilligt. Das scheint mir weder glaublich noch auch geeignet, den Anstoss wirklich aus dem Wege zu räumen. Konnte nämlich der „*iudex*" des Gesetzes auch ein Richtercolleg sein, so müsste der stadtrömische Bürgerprocess mit recuperatorischer Formel ebenfalls zu den Judicia legitima gehören, während doch Pernice selbst, den Institutionen (IV. 105) folgend, das Gegenteil lehrt.

---

[4]) Vgl. besonders Huschke in Richters Jahrb. Jg. I S. 907, auch R.P.G. Bd. I S. 108.

Wie sich gezeigt hat, führt die Ableitung der bei Gaius IV. 104 aufgezählten Kennzeichen des Legalprocesses aus unbedingten Befehlen der Gerichtsgesetze an die Beamten unvermeidlich zum Widerspruch mit den Quellen. Es fragt sich also, welche andere Auffassung wir an die Stelle setzen sollen. Um es kurz zu sagen: Gaius giebt a. a. O. die Grenzen des Gebietes an, in dem allein *ius legitimum* zur Geltung kommt; oder anders ausgedrückt: die Voraussetzungen an deren Dasein die Wirksamkeit der processualischen Lex gebunden ist. Mithin wollen die beiden vom Volk beschlossenen Gerichtsordnungen nur dann Anwendung finden, wenn der Process in Rom begründet wird unter bürgerlichen Parteien und mit einer Formel, die den Einzelrichter aus der Bürgerschaft beruft. Fehlt von diesen Voraussetzungen auch nur eine, so tritt das Verfahren unter die Herrschaft des Amtsrechtes.

Wahrscheinlich ist die eben vorgeschlagene Deutung schon Puchta[5]) bekannt gewesen, der sich allerdings nicht ganz befriedigend ausdrückt, wenn er sagt: die Aebutia habe die Judicia legitima „in Rom unter Cives mit einem Judex angeordnet". Anklang hat diese gelegentliche Bemerkung, die der Altmeister in seinen „Cursus" (§ 163) nicht aufnahm, nur bei Wenigen[6]) gefunden. Auch diese halten übrigens die Lehre des Gaius nicht streng fest, noch versuchen sie es, eine Begründung zu geben.

Am bedenklichsten erschien offenbar das Erforderniss des *unus iudex*. Die Lex Aebutia habe es „mit in ihre

---

[5]) In der Ztschr. f. gesch. R.W. Bd. X S. 207 N. 10 (1842).

[6]) Vgl. R.P.G. Bd. I S. 21.

Bestimmungen aufgenommen". So unsicher äussert sich neuestens (1889) noch Eisele in seinen „Abhandlungen" (S. 27 [7]). Wie jene „Bestimmung" beschaffen, ob der Einzelrichter schlechthin „vorgeschrieben" war neben der Formula, das bleibt unentschieden [8]). Ein anderer Gelehrter, Th. Muther [9]), ist anscheinend durch den *unus iudex* verleitet worden, die Aebutische Reform zu beschränken auf den Process mit gewissen Klagen: mit der Actio certae (creditae) pecuniae und certae rei, denen Kappeyne van de Coppello [10]) nur die übrigen civilen Schuldklagen hinzufügt. Letzterer verlangt ganz ausdrücklich für das Aebutische Verfahren „einen nach Landrecht (d. h. Jus civile) zu entscheidenden Streit". Der Ursprung dieser Annahme, von der Gaius Nichts weiss, ist vermutlich in einer Verwechselung des Actionen- und Processrechts zu suchen [11]).

Zutreffend, nur in éinem Punkte sehr zweideutig,

---

[7]) Vgl. auch Eisele Grundlage der Exceptio S. 162 N. 22.

[8]) Nach Puntschart Civilrecht S. 121, Rektoratsrede S. 61 u. in d. Krit. Vtljschr. Bd. XXVIII S. 528 ist der *unus iudex* ein „neues Requisit (Erforderniss) der neuen Judicia legitima" des Julischen Gesetzes, und „gewiss" soll es sein, dass er es in der Zeit der Republik noch nicht war (Rede S. 59). Genauer spricht sich m. W. Puntschart über das „Requisit" nicht aus.

[9]) Zur Lehre von der Actio S. 74, 75; vgl. ferner die P.G. Bd. I S. 129 N. 36 angeführten Schriften. Jüngst ist auch Eisele Abhandlungen S. 78—88 der Ansicht von Muther beigetreten.

[10]) Abhandlungen H. II S. 302, 303. Richtig ist auf S. 328 das Anwendungsgebiet der L. Julia umschrieben.

[11]) Unverkennbar ist diese Confusion in der Behauptung von Voigt Jus naturale Bd. II S. 657: „Die Processe mit, wie zwischen Peregrinen sind stets *imperio continentia*, und diese Thatsache allein genügt, um zu erkennen, dass der durch die Lex Aebutia begründete Formularprocess durch diese Lex selbst nicht auf die Klagen des *ius gentium* mit erstreckt war, weil entgegengesetzten Falles auch die diese Klagen betreffenden Processe *legitima* gewesen sein würden".

ist die Aufstellung von Dernburg[12]), der das ältere Reformgesetz bezieht auf „alle Processe unter Römern, welche innerhalb der Stadt und des ersten Meilensteins vor einem Richter durch eine Formel eingeleitet wurden". Die unterstrichenen Worte wollen gewiss eine Übersetzung von *sub uno iudice* sein, gehen also nicht auf den Magistrat. Demnach liegt entweder eine irreführende Ausdrucksweise vor, oder Dernburg lässt nur die engere Bedeutung von *iudicium* (= Geschwornenverfahren) gelten[13]). Dass aber Gaius in der That an den Processanfang in Jure denkt, dafür haben wir zum Glück in unserer Stelle selbst, und zwar in beiden Sätzen des § 104, ganz untrügliche Anzeichen. Das *iudicium*, dem die Julische Verjährung ein Ende machen kann, ist ohne Zweifel das bereits vor dem Praetor begründete Processverhältniss[14]). Und klaren Sinn ergeben auch die Worte des vorhergehenden Satzes:

Legitima sunt iudicia quae in urbe Roma .... sub uno iudice **accipiuntur.**

Dazu desselben Verf. Condictiones ob causam S. 780: .. „ihrem Wesen nach sind beide Klagen gleich; beide sind honorarisch und *imperio continentia iudicia;* beide sind *utiles* und *fictitiae* insbesondere". Auch Puntschart weiss Actio und Process nicht zu unterscheiden. Seine Theorie von der Lex Aebutia, die „keine Judicia legitima einführte", während ein gleichzeitiges, ergänzendes Gesetz (L. Silia) „dem Praetor die Sponsio als gesetzliches Processorgan an die Hand gab, um die Judicia legitima in Rom aufrecht zu erhalten", (vgl. Civilrecht S. 121, 194, 195) ist lediglich aus jener Begriffsverwirrung hervorgegangen.

[12]) In der Heidelb. Krit. Ztschr. Bd. I S. 470.

[13]) So Baron Gesch. d. Röm. Rechts I § 186 S. 362, 363, vermutlich auch Pernice in Holtzendorffs Encyclopädie S. 127 (5. Aufl.): .. „vor dem *unus iudex* verhandelte Sachen (*iudicia legitima*)".

[14]) Vgl. oben § 19 S. 28, 29 u. 35 N. 20.

Der Act des *accipere* ist unverkennbar die Streitbefestigung, die bekanntlich dem Verfahren in Jure angehört. Folglich versteht der Jurist unter *iudicium* sicher den ganzen Process, und gerade darauf ist seine Absicht besonders gerichtet, der Litiscontestatio das Praedicat der Gesetzlichkeit zuzusprechen.

Beachtung verdient ferner das Praesens *accipiuntur*, das hier steht und das im folgenden Paragraphen bei der Bestimmung der Processe, die dem Amtsrecht zufallen, noch zweimal wiederkehrt. Wäre *iudicium* blos das Verhältniss, welches die Parteien durch das *litem contrahere* erzeugen, so hätte der Jurist, ohne ungenau zu sein, *iudicia . . . accepta* setzen können. Da jedoch die Thatsache, aus der die Processobligation entsteht, ebenfalls *iudicium* genannt wird, so ist das Praesens nicht blos gerechtfertigt, sondern es ist absichtlich wiederholt verwendet, um anzudeuten, dass der Act des *accipere* selbst schon ein Stück des Judiciums sei.

Die modernen Schriftsteller[15]) finden sich mit dem Wörtchen *accipiuntur* in eigentümlicher Weise ab. Offenbar ist es ihnen unbequem, und sie beseitigen es daher einmütig durch falsche Übertragung ins Deutsche. Keller eröffnet den Reigen, indem er für *accipitur* einmal: „constituirt sei" gebraucht, das anderemal „angeordnet ist". Puchta übersetzt: „bestellt hat", Bethmann-Hollweg: „angeordnet hat", Rudorff und Andere: „angeordnet ist" oder „war".

Allen hier Genannten schwebt, wie die mitgeteilten

[15]) Keller Litiscontestation S. 113, Civilpr. § 45 S. 226, Puchta Institut. Bd. I § 159 S. 464 (dazu S. 465: „übernommen"), Rudorff R.G. Bd. II S. 11, Bethmann-Hollweg Civilpr. S. 489, 490, Kuntze Cursus § 236 S. 144, Czyhlarz Institutionen § 163 S. 371.

Ausdrücke zeigen, zunächst wohl die Bedeutung „Spruchgericht" vor, wenn sie vom „Judicium" reden; Rudorff bekennt das auch geradezu. Allein diese Auffassung ist augenscheinlich verfehlt. Denn Gaius konnte nicht sagen: Legitim sind die Gerichte, welche *sub uno iudice accipiuntur*; noch weniger: die legitimen Gerichte erlöschen, wenn sie nicht in 18 Monaten durch Urteil entschieden sind *(iudicata fuerint)*; endlich wiederholt er *(et hoc est . . .)* den eben angeführten Rechtssatz der Lex Julia sofort in sprichwörtlicher Fassung, wo statt *iudicium* das Wort *lis* erscheint. *Lis* aber heisst, was keines Beweises bedarf, „Process", niemals „Gericht".

Nun gilt es noch einen nahe liegenden Einwand zu entkräften. Die Phrase *sub uno iudice* ist nach Dirksen[16]) einem *coram iudice* gleichzuachten, und auch Andere (Dernburg, Mommsen[17]) ersetzen sie im Deutschen durch die Worte: „vor einem Richter". Müssten wir Dem zustimmen, so hätte das oben Dargelegte kaum den Erfolg, Jemanden zu überzeugen. Unser Gewährsmann würde ja deutlich erklären, dass er nur das legitime Geschworenenverfahren im Auge habe. Und man könnte dies noch bestätigt finden durch IV. 105, wo Gaius unter den correlaten *iudicia imperio continentia* an erster Stelle „die recuperatorischen" erwähnt. Hiebei scheint die Frage berechtigt, ob es denn angeht, den Namen *iudicium recuperatorium* auf den Processabschnitt in Jure auszudehnen?

Wäre die vorstehende Gegenausführung zwingend, so läge ein rätselhafter und unauflöslicher Widerspruch vor,

[16]) Manuale lat. über „sub" § 3 p. 915.
[17]) Staatsrecht Bd. I S. 186.

da der Versuch, *iudicium* bei Gaius IV. 104 im engeren Sinn zu fassen, notwendig zu den schon oben S. 28—30 als unhaltbar erwiesenen Folgerungen hinführt. Einen Act des *iudicium accipere* vor dem Geschwornen kennen wir nicht. Dagegen steht es fest, dass eine so benannte Parteienhandlung ins Verfahren vor dem Praetor fällt. Will man also *sub* = *coram* deuten, so rückt man offenbar die Litiscontestatio aus der richtigen Stelle. Weiter wäre als Anfangspunkt der Julischen Verjährung statt der Streitbefestigung der Beginn der Schwurgerichtsverhandlung anzunehmen. Auch hieraus erwachsen erhebliche Schwierigkeiten, die wir bereits gewürdigt haben. So dürfte es wohl geboten sein, der Auffassung Dirksens, die anscheinend die herrschende ist, eine andere entgegenzustellen. Es hält auch nicht schwer, eine solche zu finden.

Gaius verbindet die Worte *sub uno iudice* dreimal nach einander (IV. 104, 105, 109) mit *iudicium accipere*[18]). Wahrscheinlich ist es eine wohlüberlegte, vielleicht eine althergebrachte Wendung[19]), die er gebraucht. Das Verständniss der Phrase hängt ab von der Auffassung der Praeposition *sub*. Diese aber ist hier keineswegs einem

---

[18]) Auch im Schlusssatz von IV. 109; dagegen verbindet der Jurist vorher mit *agere*, das im weiteren Sinn das Geschwornenverfahren mit umfasst (vgl. meine L.C. S. 40), *apud recuperatores* und *apud unum iudicem*; wohl nur deshalb, um allzuhäufige Wiederholung derselben Redewendung zu vermeiden. Man mag übrigens das *apud iudicem agere* als minder genauen Ausdruck ansehen und dem *sub iudice iudicium accipere* gleichachten, oder es anders verstehen, so sagt doch Gaius auch im letzteren Fall nichts Unrichtiges, da sich die Unterscheidung von Legitimitaet und Nichtlegitimitaet auf das Geschwornenverfahren ebenso bezieht wie auf die Litiscontestatio.

[19]) Vgl. auch African(-Julian) Dig. 44, 1, 18: *Fundi, quem tu proprium tuum esse dicis, partem a te peto et uolo simul iudicio* (= Formel) *quoque communi diuidundo agere sub eodem iudice . . .*

coram gleich zu setzen, sondern in derselben Weise zu erklären, wie etwa in der Redensart: *sub usuris pecuniam credere* (Q. Mucius l. 48 pr. D. mand. 17, 1) oder *sub condicione, sub certa demonstratione legare* (Gai. II., 200, 238, 244, Ulp. XXIV. 18) oder *sub usuris stipulatione obligare* (Scaev. l. 89 § 2 D. de sol. 46, 3). Mithin soll das *sub* nicht auf die Person hinweisen, vor der die Parteien handeln, sondern auf eine Bestimmung, auf eine Clausel des Processvertrags (des *iudicium accipere*), u. z. auf den Umstand, dass ein Einzelrichter zur Leitung des weiteren Verfahrens und zum Urteilen berufen sei. Wer dann noch erwägt, dass die Processobligation zwischen den Litiganten zu Stande kommt durch das Geben und Nehmen einer Urkunde, in der das Spruchgericht namhaft gemacht ist, der wird wohl unsere Auslegung des Wörtchens *sub* als befriedigend und durchaus zutreffend anerkennen.

Damit dürfte zugleich die erwünschte Erläuterung des *iudicium recuperatorium* im § 105 (IV) gegeben sein. Weil im Eingang der Formel, mit der die Lis demnächst befestigt wird, die Worte: *recuperatores sunto* erscheinen, konnte man auch das Verfahren mit der so beschaffenen Urkunde und sonach den ganzen Process sammt der Litiscontestatio als *iudicium recuperatorium* bezeichnen. Es ist wohl nicht nötig, diese Ausdrucksweise nochmal besonders zu erörtern. Schon im vorigen Capitel (§ 18, 19) ist ja gezeigt, wie der für das Werkzeug der litigirenden Parteien gebrauchte Name auf das hiedurch geschaffene Verhältniss und selbst auf den Begründungsact übertragen wurde. Nur einen neuen Beleg hiefür haben wir in der erwähnten Gaiusstelle zu erblicken. Will man aber darthun, dass *iudicium* auch mit dem Beiwort *recuperatorium*

zunächst das Processmittel anzeigt, so genügt eine Hinweisung auf Probus 5 nr. 8:

Q. E. R. E. T. P. I. R. D. . . . . quanti ea res erit, tantae pecuniae[20]) *iudicium recuperatorium dabo . . . .*

und das Venafraner Edict Z. 65—67:

. . . qui inter ciuis et peregrinos ius dicet iudicium reciperatorium in singulas res HS $\overline{x}$[21]) *reddere, testibusque . . . [qu]aeri placet.*

Bei Cic. in Verr. III c. 11 § 27:

. . . uenient (nämlich: *aratores*) *Syracusas, ut te praetore uidelicet aequo iure*[22]) *Apronium . . . iudicio recuperatorio*[23]) *persequantur?*

haben wir die Wahl, unter *iudicium* entweder die recuperatorische Formel oder den ganzen Process zu verstehen. Vermutlich denkt Cicero an Beides; jedenfalls aber an das Processmittel mit den Richternamen, wie das unmittelbar Folgende (c. 11 § 28) zeigt:

. . . Quid tandem postulat arator? Nihil nisi ex edicto iudicium in octuplum.

---

20) Dazu meine Litiscontestatio S. 16.

21) Vgl. die in der vorigen N. angeführte Schrift S. 16.

22) Vgl. Asconius Orelli p. 84 mit Cic. ibid.: *negauit se iudicio aequo certare posse.*

23) Meine Auffassung des Schlusssatzes der c. 125, 126, 128—131 der L. Urson.: *reciperatorio iudicio aput IIuirum . . . actio petitio persecutioque ex hac lege ius potestasque esto* kann ich nicht rechtfertigen, ohne weiter auszuholen. — Zu Bd. I S. 81 N. 10 ist jetzt (1890) noch Heinrich Nissen Rhein. Museum N. F. Bd. 45 S. 107—110 zu vergleichen. Nach Nissen wären die Capitel der 4. (Bruns) Tafel erst unter Augustus (11 p. C.) dem Caesarischen Stadtrecht beigefügt. Die P.G. Bd. I S. 82 (zur N. 11) erwähnte Vermutung von Huschke-Bruns scheint mir jetzt unhaltbar.

Dem Gesagten nach hindert die Phrase *sub uno iudice* keineswegs die Annahme, dass bei Gai. IV. 104 das Geltungsgebiet einer Lex abgesteckt ist, die den ganzen Process und gerade in erster Linie den in Jure abzuschliessenden Begründungsvertrag regeln wollte. Grenzen aber sind nach Gaius der vom Volke beschlossenen Processordnung in dreifacher Richtung gezogen. Einmal waren ihre Bestimmungen örtlich beschränkt: auf die Streitbefestigung in Rom und im Umkreis bis zum ersten Meilenstein; sodann persönlich: auf römische Bürger; endlich sachlich: insofern das Gesetz nur solche Processe seinen Vorschriften unterwarf, die *sub uno iudice*, d. h. dermassen contrahirt wurden, dass ein Einzelrichter die Entscheidung zu fällen hatte. Die örtliche Begrenzung ist eine Eigentümlichkeit der Gerichtsordnungen und ähnlicher Leges im Gegensatz zu den rein privatrechtlichen Normen. Die persönliche gilt grundsätzlich und insgemein für die römischen Volksgesetze. Die sachliche ist leicht zu begreifen, wenn es zur Zeit der Lex Aebutia möglich war, alle Privatprocesse oder doch die meisten der Urteilsfällung eines in der Einzahl bestellten Geschwornen zuzuweisen.

Die drei hier angereihten Behauptungen, von denen die beiden ersten in die Lehre von den Rechtsquellen einschlagen, sind in den folgenden Paragraphen genauer auseinanderzusetzen und zu erweisen, so weit dies passend im Rahmen einer processrechtlichen Studie geschehen kann. Wir betreten damit eine durch Vorarbeiten noch in keiner Weise geebnete Bahn. Die Lehr- und Handbücher des römischen Privatprocesses und Staatsrechts, desgleichen die modernen Institutionenwerke wissen Nichts von der dreifach beschränkten Wirksamkeit der Processgesetze in Rom.

Wer die in Betracht kommenden Schriften[24]) von Zimmern, Keller, Rudorff, Bethmann-Hollweg, von L. Lange, Willems, Mommsen und Anderen durchsieht, wird nicht einmal Beziehungen zwischen dem Aebutisch-Julischen Rechte und dem Judicium legitimum angedeutet finden, geschweige denn die oben vertretene Auffassung des Gaianischen Berichtes im § 104. Vielmehr ist es ohne Zweifel dermalen herrschende Ansicht[25]), dass der Process mit Schriftformeln, wo immer er vorkam, auf den Bestimmungen des Aebutischen und der Julischen Gesetze beruhte. Noch vor Kurzem hat dies A. Pernice in der Überschrift seiner lehrreichen Festgabe für Beseler deutlich anerkannt. „Volks- und amtsrechtliches Verfahren“ nennt er seine Abhandlung und will damit allgemein den Formelprocess als civilrechtlich der rein magistratischen Cognition gegenüberstellen, die nur durch obrigkeitliche Satzung geordnet sei[26]). Dabei ist aber das Judicium imperio continens entweder ausser Acht gelassen oder ebenfalls auf volksrechtliche Normen zurückgeführt, was ebenso sehr mit dem Namen wie mit dem besonderen, vom *legitimum ius* verschiedenen Rechte dieses Verfahrens im Widerspruch steht. Raum für das nicht legitime Ju-

---

[24]) S. P.G. Bd. I S. 19 N. 1.

[25]) Moritz Voigt (Berl. phil. Wochenschrift Jahrg. 1888 Sp. 1412) versichert philologischen Lesern, dass oben im 1. Capitel der Begriff des Judicium legitimum „entsprechend der herrschenden Meinung bestimmt sei“. Das ist ein seltsamer Irrtum. Voigt selbst dürfte von der angeblich „herrschenden Meinung“ noch ziemlich weit entfernt sein, da der römische Processbegriff für ihn nicht vorhanden ist; s. oben S. 76, 77 N. 11.

[26]) Vgl. Parerga II Ztschr. f. R.G.R.A. Bd. XVIII S. 30: . . „das ordentliche Verfahren ist Verfahren nach Volksrecht, die Cognitio Verfahren nach Amtsrecht“; dazu aber jetzt (1889) den neuen Zusatz von Pernice in der 5. Auflage von Holtzendorffs Encyclopädie S. 127.

dicium ist überhaupt nur dann zu gewinnen, wenn die vom Volk beschlossene gemeine Processordnung (zuerst die Aebutia, dann die Julia) lediglich in den von Gaius IV. 104 angemerkten Grenzen gelten wollte. Es wird sich empfehlen, diese den Judiciargesetzen gezogenen Schranken in einer von unserer Quelle abweichenden Reihenfolge zu erörtern. Und zwar soll zuvörderst von der Civitaet der Processpersonen die Rede sein; weiterhin vom Gerichtsort, den unser Gewährsmann an erster Stelle nennt; zuletzt von dem in der Einzahl vorausgesetzten Spruchrichter.

Sechstes Capitel.

Das Judicium legitimum. — II. Das Gebiet des gesetzlichen Processes.

§ 23. I. Das Judicium legitimum ein Process zwischen römischen Bürgern.

Ein legitimes Judicium kann nur zu Stande kommen unter römischen Bürgern. Gaius äussert sich über diesen Punkt zweimal (IV. 104 und 109) fast mit denselben Worten.

Legitima sunt iudicia quae .... inter omnes ciues Romanos (sub uno iudice) accipiuntur;

si .... (sub uno iudice) inter omnes ciues Romanos accipiatur iudicium, legitimum est.

Zur Erläuterung dient noch IV. 105:

Imperio uero continentur ... quae sub uno iudice accipiuntur interueniente peregrini persona iudicis aut litigatoris.

Das Erforderniss der Civitaet ist also aufgestellt für Alle, die am Judicium beteiligt sind, nicht nur für die

Parteien, die das Streitverhältniss mit Genehmigung des Praetors contrahiren, sondern ebenso für den Dritten *(iudex)*, der die Auflösung der Processobligation durch Freispruch oder Verurteilung bewirken soll. Daraus erklärt sich m. E. die Wendung *inter omnes ciues Romanos*, die der Jurist nicht wohl gebrauchen konnte, wenn er blos an die beiden Gegner dachte. Dass den fraglichen Worten als weitere Voraussetzung des Legalverfahrens der *unus iudex* einmal nachfolgt, das anderemal voraufgeht, das zwingt uns keineswegs unter den *omnes* nur die Parteien zu verstehen. Ja wir müssen diese Auffassung sicher verwerfen, weil sonst — wie IV. 105 zeigt — die Begrenzung der Judicia legitima in IV. 104 unvollständig wäre. Demnach ist die Fassung der oben mitgeteilten Sätze wohl durch das Bestreben veranlasst, die Wiederholung des Civitaetserfordernisses beim Judex zu ersparen. Gaius will sich möglichst kurz und doch sachlich genau ausdrücken; er erreicht diesen Zweck durch Einschaltung des Wörtchens *omnes* [1]) in die Phrase *inter ciues Romanos*.

Wenn wir sagen, das Judicium legitimum setze als Parteien und als Richter römische Bürger voraus, so heisst das nichts Anderes als: die Aebutische und die Julische Gerichtsordnung wollten nur solche Processe treffen, die *inter omnes ciues Romanos* begründet werden. Gilt aber diese persönliche Schranke selbst noch für ein Augusteisches Gesetz, so ist die gleiche Beschränkung um so mehr für die vom Volke in republicanischer Zeit beschlossenen Gerichtsordnungen anzunehmen, besonders auch für die Voraebutischen Leges,

---

[1]) Eine andere, wie das hier Folgende zeigt, verfehlte Erklärung giebt Gradenwitz Ztschr. f. R.G.R.A. Bd. XXII S. 187.

auf denen die verschiedenen Proceduren mit Spruchformeln beruhten. Man braucht also nicht erst zu fragen, ob die mit altcivilen Actionen verfolgbaren Privatrechte den Peregrinen zugänglich waren [2]), um zur Überzeugung zu gelangen, dass das römische Legisactionenverfahren dem National- oder Bürgerrecht der Römer (*ius ciuile* in diesem Sinn) angehört. Indess ist die eben berührte Erscheinung keineswegs etwas den processualischen Gesetzen Eigentümliches. Nicht anders steht es auch mit den staats-, privat- und strafrechtlichen Leges der Republik und der Kaiserzeit. Auch sie enthalten grundsätzlich nur Vorschriften zu Gunsten und zu Lasten der römischen Bürger.

Wie ungenügend bekannt diese wichtige Thatsache ist, und wie wenig Gewicht man ihr beilegt, das zeigt am deutlichsten der Streit über die Legisactionenfähigkeit der Peregrinen [3]) und nicht minder die bisherige Behandlung des Judicium legitimum. Weil das letztere nur möglich war (in Rom und) *inter ciues* soll es eine besonders altertümliche Einrichtung sein [4]). Allein man braucht blos an die Augusteische Lex vicesima hereditatium [5]) zu denken, um diese Anschauung als grundlos zu erkennen. Das Steuergesetz vom Jahr 6 n. Chr. enthält Nichts we-

---

[2]) Darauf beruft sich, mit Recht, Ad. Schmidt Ztschr. f. R. G.R.A. Bd. XXII S. 138.

[3]) Ad. Schmidt a. a. O. S. 137 N. 1 nennt die Hauptvertreter der im Text verworfenen Ansicht. Zu ihnen gehört auch P. Cogliolo (in Padellettis Storia p. 315, 316 n. d und in seiner Storia del dir. priv. I p. 83, 116), der doch früher, Padelletti (l. c. p. 90, 91) folgend (in dessen Storia p. 102 n. d; etwas anders in seiner Storia I p. 150), die beschränkte Tragweite der Lex richtig bemerkt hatte.

[4]) S. Keller Litiscontestatio S. 112, Mommsen St.R. I S. 186.

[5]) Quellen und Litteratur bei Marquardt Röm. Staatsverwaltung Bd. II S. 266 N. 2, dazu S. 267 N. 6, 7 (2. A.).

niger als eine Begünstigung der davon Betroffenen, und doch sollte es nur die herrschende Bürgerschaft angehen. Die Verschiedenheit der für die Provincialen geltenden Erbrechte hätte wohl die Ausdehnung der neuen Abgabe auf die unterthänigen Peregrinen nicht verhindert, wenn es überhaupt römischer Staatsgebrauch gewesen wäre, Reichsordnungen durch Comitialbeschluss festzustellen. Wir werden daher ganz allgemein die Frage aufwerfen müssen, wie es kommt, dass die Leges und Plebiscite blos die Gemeindegenossen binden, und ob wirklich diese Beschränkung die Regel bildet, der man sich nur unter besonderen Umständen entziehen mochte.

Die gelegentlichen Nachrichten über den Wirkungskreis einzelner Leges sind zahlreich genug und auch in der modernen Litteratur nicht unbeachtet geblieben. Aus ihnen ist anscheinend die Lehre Puchtas[6]) und Anderer geschöpft, welche die Comitialgesetze unter den Quellen des *ius proprium Romanorum* aufführen. Trotzdem wird man in den Erörterungen der Neueren über das römische Volksgesetz vergeblich eine Bemerkung suchen, die unserer obigen These entspräche[7]). Ebenso auffallend ist es, dass die Lex nicht mit Bestimmtheit aus dem Quellenkreis ausgeschieden wird, der für das römische Jus gentium von Bedeutung war[8]). Geradezu im entgegengesetzten Sinn

---

[6]) Institutionen Bd. I § 73 u. 74 (S. 163—169).

[7]) Vgl. etwa Puchta a. a. O. Bd. I § 74, Rudorff R.R.G. Bd. I § 7, Kuntze Cursus S. 63—67, 111—112, 185—188 (2. Aufl.), Ferrini Storia delle fonti p. 9—15, 45—48, Landucci Storia del dir. rom. p. 37—39, Mommsen St.R. III[1] S. 308—327, Krüger Quellen § 2, 12, 16, Bruns-Pernice in Holtzendorffs Encycl. S. 126—128 (5. A.).

[8]) Vgl. Puchta a. a. O. Bd. I § 85 S. 209, 210: „das Jus gentium sei hauptsächlich durch die magistratischen Edicte in Wirksam-

äussert sich neuestens Schulin[9]): wie durch die XII Tafeln, so seien auch durch die späteren Gesetze der Republik „manche fremdländische Rechtsgedanken, Jus gentium, in Rom eingeführt". Diese Behauptung werden vielleicht nicht Viele unterschreiben wollen; andererseits ist doch von namhaften deutschen Gelehrten meines Wissens Karlowa[10]) der Einzige, der ausdrücklich, wenn auch ohne genaue Begründung erklärt: die Leges galten nur für Cives. P. Krüger[11]) dürfte anderer Meinung sein, da er in einer Note über die Lex Sempronia von 561 verwundert fragt, „was die Römer bewogen haben mochte, die Wuchergesetze innerhalb des eigenen Gebiets ursprünglich auf die römischen Bürger zu beschränken."

Darnach scheint es angemessen, wenigstens die Haupt-

---

keit gesetzt". Gleicher Ansicht dürfte Ferrini a. a. O. p. 16—18 sein. Nach der Überlieferung ist mit Jörs Rechtswissenschaft I S. 132—147 (eine bedenkliche Äusserung: S. 138 N. 2), Bruns-Pernice a. a. O. S. 121, 122, neben dem Edict nur die Verkehrsgewohnheit als Quelle hervorzuheben. Die letztere nennt auch Sohm Institutionen S. 44 (4. A.), daneben aber noch „andere Rechtsquellen, insbesondere das praetorische Edict". Krüger Quellen S. 44 betont (arg. Cic. de off. III. 15 § 61), dass die bonae fidei Judicia „nicht durch Gesetz, sondern durch das Edict aufgestellt wurden". S. unten § 28 zur N. 8 u. 20, § 37 N. 10.

[9]) Geschichte des röm. Rechts § 29 S. 95; vgl. Landucci a. a. O. p. 27. Die Herkunft des „Gedankens", der in Rom zum Rechte erhoben ward, entscheidet nicht darüber, ob er zum römischen Jus civile oder Jus gentium gehört. Wegen der Zwölftafeln s. unten § 28. Anfechtbar ist auch Mommsens Behauptung im St.R. III[1] S. 605: „die röm. Gesetzgebung habe, wo sie sich nicht auf die Bürger beschränkte, vielfach (ins Jus gentium) eingegriffen". Leist Graeco-ital. R.G. S. 611, 612 scheint ebenfalls von irrigen Voraussetzungen auszugehen.

[10]) Legisactionen S. 345 N. 1, Röm. Rechtsgeschichte Bd. I S. 306, 425, 426, 452, 456; vgl. auch Seitz Geschichte der röm. possessio S. 119—123.

[11]) Geschichte der Quellen S. 115 N. 5.

belege für die richtige Ansicht an diesem Ort zusammenzustellen. Doch muss natürlich darauf verzichtet werden, die ganze Geschichte der römischen Comitialgesetzgebung hier darzulegen. Wer sich einmal dieser dankbaren Aufgabe widmet, der wird wahrscheinlich bei den politisch bedeutsamen Übergriffen und sonstigen Ausnahmen länger und lieber verweilen, als bei den Erscheinungen, die blos die Regel bestätigen.

Gleich am Anfang, in den Zwölftafeln würden ihm die rätselhaften Forcten und Sanaten begegnen [12]; im selben Gesetz auch die Normen über den *status dies cum hoste* und die *auctoritas aduersus hostem;* indess würden sich die letzteren bei näherem Zusehen lediglich als Bürgerrecht erweisen. Sodann wäre zu untersuchen, ob und inwiefern die erste Gestaltung und die Änderung des römischen Fremdenrechts durch Verträge mit den latinischen Städten und anderen Foederirten gebunden war, und ob zuweilen Beschlüsse der Volksversammlung in die Gerichtsbarkeit über Nichtbürger eingriffen [13]. Weiter dürfte man finden, dass die „formellen" Gesetze der Römer [14] viel häufiger als die „materiellen" Geltung für Personen beanspruchten, die der Civitaet entbehrten. Mochten auch die Leges gemeinhin keine Vorschriften aufstellen für die Peregrinen des Reiches, so waren diese doch der Regie-

[12]) Dass die von den Comitien bestätigten Zwölftafeln zunächst *leges datae* waren, also Ausfluss des mit ausserordentlicher Kraft begabten Imperiums (s. Mommsen St.R. II¹ S. 725, 726), darauf möchte ich bei Beurteilung der im Text erwähnten Bestimmung kein besonderes Gewicht legen. Übrigens hält Mommsen Röm. Geschichte Bd. I S. 100 Note (6. A.) die *sanates* für *Latini prisci ciues Romani*.

[13]) Vgl. L. Ant. de Termessibus II Z. 1—5.

[14]) S. A. Pernice in der Berliner Festgabe f. R. von Gneist 1888. Mir liegt der Sonderabdruck vor.

rungsgewalt der römischen Beamten, mithin dem römischen Imperium unterworfen. Sind aber die formellen Gesetze, wie es Pernice[15]) ausdrückt, „ein Einbruch des Souveräns ins Gebiet der Verwaltung“, so begreift man leicht, wie aus ihnen nicht selten Rechte und Pflichten auch für die Unterthanen erwachsen mussten. In der Revolutionszeit hat sich die Zahl der hergehörigen Fälle ohne Zweifel erheblich vermehrt. Bekanntlich war es ja Gracchanische Politik, den Senat und die verfassungsmässigen Beamtengewalten lahmzulegen durch die vom Tribun beherrschte Volksversammlung, m. a. W. das legitime Imperium zu verdrängen durch die Lex.

Endlich wären die Repetunden- und überhaupt die Strafgesetze des 7. und 8. Jahrhunderts besonders in Betracht zu nehmen. Die ausschliessliche Beziehung auf die herrschende Gemeinde konnte man natürlich nicht festhalten, wo es galt, Verbrechen zu verfolgen, unter denen die Provinzen am meisten zu leiden hatten. Daher waren in den Leges repetundarum hauptsächlich den Provincialen Befugnisse verliehen[16]), während in anderen Criminalgesetzen derselben Epoche ausdrücklich nur der Civis Romanus geschützt ist, und die Strafen meist so bestimmt sind, dass sich aus ihrer Natur schon die Unfähigkeit des Nichtbürgers ergiebt, nach Legalrecht Verbrechenssubjekt zu werden[17]).

---

15) In der Berliner Festgabe für Gneist S. 3, 4.

16) Vgl. P.G. Bd. I S. 204, 205 N. 4.

17) Nach Proculus (Dig. 49, 15, 7, 2 — vgl. Liv. III c. 17) unterliegen auch die Foederirten der römischen Strafjustiz, was unter gewissen Umständen nicht anders als natürlich ist; s. Mommsen St.R. III¹ S. 703. Dass aber die röm. Leges dabei zur Anwendung kommen, sagt der Jurist keineswegs. Vielmehr beruht die strafrechtliche

Bei diesen kurzen Andeutungen, die nur einige Hauptpunkte berühren, muss es einstweilen bewenden. Unser Ziel ist ein anderes. Nicht die Ausnahmen sind hier zu erörtern, sondern die Regel ist festzustellen, der zufolge die Lex im Zweifel blos die Gemeindegenossen angeht. Dieser Satz aber ist durch Beweise möglichst zu erhärten, um einen zuverlässigen Schluss aus der Beschaffenheit der Quelle auf den Geltungskreis der Norm zu ermöglichen. Was also herrührt aus einer Lex, das darf meines Erachtens ohne Weiteres für Bürgerrecht erklärt werden, wofern nicht ausdrückliche Zeugnisse oder sonst durchschlagende Erwägungen zur Annahme des Gegenteils nötigen. Unter anderen Gesetzen würden damit insbesondere die Aebutia, die Julia und alle früheren Leges über das Spruchverfahren als Ordnungen erkannt, die ausschliesslich den Bürgerprocess betrafen, und die nun als solche gelten müssten, selbst wenn uns Gaius' Institutionen (IV. 30, 104) nicht vorlägen.

§ 24. Die Lex eine Bürgerordnung. — Beweis aus dem Wesen der Lex.

Überzeugender als die Aufzählung von Belegen für die beschränkte Wirksamkeit einiger Volksgesetze wäre offenbar die unmittelbare Ableitung der zu erweisenden Behauptung aus dem Wesen der Lex, wie es die Römer auffassten. In der That dürfte es ratsam sein, zunächst

---

Cognition wider Fremde auf dem Imperium, das nur durch Staatsverträge gebunden sein kann. Vgl. überhaupt Rein Criminalrecht S. 172—178, Mommsen a. a. O. I S. 139 N. 1, 2, III[1] S. 702, 703, III[2] S. 1066, 1067, 1208, 1209 und unten § 25 N. 14, § 26 N. 1 a. E. Ganz abwegig Bethmann-Hollweg Civilp. Bd. II S. 134 zur N. 17, der sich sonderbarer Weise auf Gai. IV. 37 beruft.

d i e s e n Weg einzuschlagen, wobei eine eigene Untersuchung zur Sicherung der Ausgangspunkte leicht entbehrt werden kann, weil durch Rubinos Forschung helles Licht verbreitet ist über die Entstehung und die wichtigsten Merkmale der römischen Lex. Was der genannte Gelehrte[1]) gefunden hat, das lässt sich kurz in folgender Weise zusammenfassen.

Das römische Altertum war weit entfernt von der Vorstellung, die uns heute der Ausdruck „Volksgesetz" erweckt. *Lex* bedeutet ursprünglich den Comitien gegenüber genau Dasselbe wie im Privatverkehr und im Verkehr der Gemeinde mit Bürgern und auswärtigen Nationen[2]). *Lex* also ist eine Formel, mit der ein Teil dem anderen, dessen Zustimmung erwartet wird, eine Verpflichtung auflegt[3]). Wie der stipulirende Private, wenn bejahende Antwort nachfolgt, durch s e i n e Rede den Gegner verpflichtet, so

---

[1]) Untersuchungen über römische Verfassung I S. 254—257, 351 bis 360. Beigetreten ist neuerdings Mommsen St.R. III[1] S. 308—314 (s. S. 308 N. 3), der jedoch, wie mir scheint, Rubinos Lehre bedeutend abschwächt. Nicht beachtet ist sie von Bernhöft Staat und Recht der Königszeit S. 158, Leist Graeco-italische R.G. § 79.

[2]) Ein Missverständnis ist es, wenn Eisele Abhandlungen S. 100, 101 in den Worten *lex quae conuenit*, die Aelius Gallus bei Festus p. 274 (vgl. L. Anton. de Term. II Z. 18, 20 — Bruns p. 93) zur Begriffsbestimmung der *reciperatio* verwendet, „kurz und prägnant ausgesprochen" findet, dass der Internationalvertrag „für Alle, die er angeht, ebenso verbindlich sei, w i e e i n e L e x i h r e r C i v i t a s." Der alte Jurist selbst verwahrt sich gegen diese Deutung bei Fest. p. 266 s. v. *rogatio*; dazu Mommsen St.R. III[1] S. 304 N. 2, S. 309.

[3]) Auch im Verkehr mit den Göttern begegnet die *legum dictio:* bei der Einholung der Impetrativaugurien. Doch ist hier die Antwort der Gottheit selbst schon Erfüllung, nicht Zustimmung zur Übernahme einer Verpflichtung. S. Pernice Röm. Sacralrecht I S. 16, 17, der aber der *legum dictio* in diesem Fall den Verpflichtungserfolg ganz abspricht.

bindet der Beamte die Bürgerschaft an die *lex*, in die sie zustimmend eintritt. Das Geschäft der Bindung ist ein zweiseitiges, oder anders ausgedrückt: das römische „Volksgesetz“ geht aus einem Vertrag hervor, den der Magistrat mit den Comitien abschliesst[4]). Je weiter aber zurückgegriffen wird in die Urzeit, desto deutlicher ist die übergeordnete Stellung des Beamten wahrnehmbar, dessen *rogatio* anfänglich kaum etwas Anderes war, als die bald weiter bald enger gefasste Aufforderung des Herrn der Gemeinde an diese, ihm ausdrücklich Gehorsam zu geloben[5]).

In der Kunstsprache der Römer kommt dieses alte Verhältniss insofern zum Vorschein als der zweiseitige Act der Bindung und nicht minder das Ergebniss der Vereinbarung nach der überwiegenden Thätigkeit des Magistrats genannt wird, genau so, wie auch der Verbalcontract und der Processvertrag ihre Namen entlehnen von der Initiativhandlung des einen Teils: dort vom *stipulari*, hier vom *litem contestari*[6]) Ferner wird das Urteil über Gültigkeit oder Ungültigkeit der Gesetze stets zum Ausdruck gebracht mit den Worten *lege populus tenetur* oder *non tenetur*[7]); ja selbst die Hortensische Norm von 465/468 über die Rechtskraft der Plebiscite und die angeblich Gleiches verordnende vom Jahr 305 und 415 betont nur die Gebunden-

---

[4]) Vgl. Ihering Geist I § 15 S. 216—218 (3. A.), Mommsen St.R. III[1] S. 301—305, Puntschart Fund. Rechtsverhältnisse S. 95, Cogliolo Filosofia del dir. priv. p. 51.

[5]) Am längsten hat die uralte Lex curiata (de imperio) dieses Gepräge bewahrt.

[6]) S. Wlassak Litiscont. S. 24, 25, 29.

[7]) Belege giebt Rubino a. a. O. S. 356 N. 1, Mommsen St.R. III[1] S. 309 N. 3.

heit des *populus* oder „aller Quiriten“[8]) an die Beschlüsse der Plebs, obwohl es sicher darauf am meisten ankam, die patricischen Magistrate unter das Plebiscit zu beugen. Augenscheinlich stammt diese auffallende Redeweise aus der Vorzeit, wo in der That nur die Bürger, oder doch hauptsächlich diese, nicht der Herr der Gemeinde als der gebundene Teil erschien[9]). Auch daran kann erinnert werden, dass die Quiriten schon durch ihre Abstimmung verpflichtet sind, während dem Magistrat noch das *referre ad senatum*[10]) zusteht, d. h. die Erwirkung der Auctoritas patrum, die dem Comitialbeschluss erst die Vollkraft verschafft.

Man sieht, die alten Schriftsteller beziehen die Wirksamkeit der Lex auf den *populus* oder, was Dasselbe ist, auf *omnes Quirites*. Demnach verkünden sie eigentlich genau den Satz, den wir erweisen wollen: für den Bürger, für keinen Anderen, ist das römische Gesetz vorhanden. In Rubinos „Untersuchungen“ findet sich m. W. keine in diesem Sinn gehaltene Äusserung; allein dieses Schweigen bedeutet nicht Viel, da des Verfassers Aufmerksamkeit den ausserhalb der Bürgerschaft Stehenden überhaupt nicht zugewendet war. Freilich kann man dieselbe Erwägung auch umgekehrt gegen die eben versuchte Ausbeutung der römischen Redeweise ins Feld führen. Wenn es bei Liv. III.

---

[8]) Nachweisungen aus den Quellen bei Mommsen St.R. III[1] S. 157 N. 1, 2, S. 159 N. 1.

[9]) Vgl. übrigens Tacit. Annal. III c. 26 in f., dazu Rubino a. a. O. S. 425, Mommsen St.R. III[1] S. 161 N. 1. Dagegen stimmt die Darstellung des Pomponius Dig. 1, 2, 2 § 1, § 14 überein mit dem im Text Gesagten. S. aber Karlowa R.R.G. Bd. I S. 50.

[10]) Darüber Mommsen Röm. Forschungen Bd. I S. 245, St.R. III[2] S. 1040, 1041.

55 heisst: *ut quod tributim plebes iussisset, populum teneret* oder bei Gai. I. 3: *ut plebiscita uniuersum populum tenerent*, so ist offenbar der Nachdruck nicht auf die Gebundenheit der Gemeindegenossen gelegt im Gegensatz zu Anderen, sondern auf die Verpflichtung Aller, die der Gemeinde angehören. Anders aber verhält es sich doch mit der stehenden Wendung: *lege populus tenetur*. Mag immerhin der Ton auch hier besonders dem Worte *teneri* gebühren, so setzt doch diese Phrase die Beziehung der Lex blos auf Bürger als etwas Selbstverständliches und mindestens als Regel voraus.

Indessen sei das Alles nur nebenbei bemerkt. Rubinos Lehre führt uns auch sonst leicht zum Ziel. Wenn nach der obigen Ausführung die Lex eine Formel ist, die den zu Verpflichtenden aufgelegt und von ihnen angenommen werden muss, so darf in der That unsere These aus dieser Anschauung geradezu gefolgert werden, weil ja in den Comitien wie in den Concilien der Plebs dem Magistrat blos[11]) römische Bürger gegenüberstanden. Bestätigt wird dieser Schluss noch durch den bekannten privatrechtlichen Grundsatz, demzufolge Verträge zu Lasten[12]) wie zu Gunsten Dritter ohne Wirkung sind; daher insbesondere *alteri stipulari nemo potest*[13]), und nach den Worten des

[11]) Anomal ist das Stimmrecht der Latiner in Rom. Durch das Loos wurde ihnen jedesmal éin Stimmbezirk zugewiesen. Von den Centuriatcomitien waren sie höchst wahrscheinlich ausgeschlossen. S. Mommsen St.R. III[1] S. 396, 397, 643, 644.

[12]) Vgl. Jul. l. 56 § 1 D. de V. O. (45, 1).

[13]) So Ulp. l. 38 § 17 D. de V. O. (45, 1), § 19 I. de inut. stip. (3, 20 — Kr. 3, 19).

Quintus Mucius[14]): *nec paciscendo nec legem dicendo nec stipulando quisquam alteri cauere potest.*

Übrigens lässt sich die Herrschaft derselben Anschauung im Bereich des Staatsrechts auch sonst darthun durch glaubhafte Zeugnisse aus der Zeit des Ständekampfes. Bei aller Verworrenheit der Nachrichten über die Beschlüsse des Plebejerconcils und ihre Rechtskraft bis zum Jahr 465/468 ist doch die Überlieferung unverwerflich in folgenden zwei Punkten. Einmal was die Begründung anlangt, mit der die Patricier die Freiheit von der Beobachtung der Plebiscite in Anspruch nahmen. Offenbar berief sich der Adel darauf, dass eine Versammlung ihn durch Beschlüsse nicht binden könne, bei deren Zustandekommen ihm jede Mitwirkung versagt war[15]). Andrerseits ist auch darüber kaum ein Zweifel möglich,

---

[14]) In l. 73 § 4 D. de R. I. (50, 17).

[15]) Vgl. Laelius bei Gell. XV. 27 § 4: *Tribuni . . neque aduocant patricios neque ad eos referre ulla de re possunt. Ita ne „leges" quidem proprie, sed „plebiscita" appellantur, quae tribunis plebis ferentibus accepta sunt, quibus rogationibus ante patricii non tenebantur, donec Q. Hortensius dictator legem tulit, ut eo iure, quod plebs statuisset, omnes Quirites tenerentur;* dazu Gai. I. 3: . . *plebis . . appellatione sine patriciis ceteri ciues significantur; unde olim patricii dicebant plebiscitis se non teneri, quia sine auctoritate eorum facta essent* (Mommsen St.R. III[1] S. 155 N. 3); *sed postea lex Hortensia lata est, qua cautum est ut plebiscita uniuersum populum tenerent* . . und Dionys XI c. 45 (zum Jahr 305): *οὗτος ὁ νόμος* (das Valerisch-Horatische) *ἐξέβαλε τὰς ἀμφισβητήσεις τῶν πατρικίων, ἃς ἐποιοῦντο πρὸς τοὺς δημοτικοὺς πρότερον, οὐκ ἀξιοῦντες τοῖς ὑπ' ἐκείνων τεθεῖσι νόμοις πειθαρχεῖν, οὐδ' ὅλως τὰ ἐν ταῖς φυλετικαῖς ἐκκλησίαις ἐπικυρούμενα κοινὰ τῆς πόλεως ἁπάσης δόγματα νομίζοντες, ἀλλ' αὐτοῖς μόνοις ἐκείνοις ἴδια· ὅ τι δ' ἂν ἡ λοχῖτις ἐκκλησία γνῷ, τοῦθ' ἡγούμενοι σφίσι τ' αὐτοῖς καὶ τοῖς ἄλλοις πολίταις τετάχθαι.* Diese Ausführung ist von dem des römischen Staatsrechts unkundigen Griechen nicht erfunden, sondern aus guter Quelle geschöpft und sicher ohne erhebliche Änderung eingeschaltet. Beweis dafür der Schluss des c. 45, wo Dionys (dem *φυλετικὴ ἐκκλησία* überhaupt „Tribusversammlung" bedeutet; auch die rein plebejische:

wie die Plebs ihre Anmassung zu rechtfertigen suchte. Nicht etwa damit, dass sie die Absicht eingestand, dem Adel Gesetze vorzuschreiben. Vielmehr wird sie diesen naheliegenden Vorwurf lebhaft zurückgewiesen haben, um die Geltung ihrer Beliebungen lediglich aus dem Recht der Autonomie[16]) abzuleiten. Mommsen freilich nennt diese Aufstellung, deren Dasein er anerkennt[17]), „logisch und praktisch verkehrt“ [18]). Und sie hatte ja gewiss nicht die Kraft, solche Plebiscite gegen Anfechtung zu schützen, die augenscheinlich in das Leben der Gesammtgemeinde eingriffen. Allein jene Auffassung war doch die einzige, welche ein Anwalt der Plebs, wenn auch mit schlechtem Gewissen, vertreten konnte, so lang es keine Verfassungsnorm gab, die unter gewissen Voraussetzungen — etwa bei Zustimmung des Senates — das Plebiscit der Lex

---

so IX c. 49) das Concilium plebis und die Tributcomitien verwechselt. Von den letzteren glaubt unser Autor zu handeln, während die Patricier in den oben mitgeteilten Sätzen offenbar der Sonderversammlung der Plebs die (Centuriat-)Comitien der Gesammtgemeinde entgegenstellen. [Nebenbei: Dionys bezog also, wenn er überhaupt eine Meinung hatte, das Valerisch-Horatische Gesetz auf *populi scita*, wie jetzt Mommsen. Dagegen bestätigt der ausgeschriebene Zwischensatz deutlich den von Livius III c. 55 gegebenen Gesetzeswortlaut.]

[16]) Vgl. etwa Dionys XI c. 45 (in der vorigen Note: . . . . *τὰ ἐν ταῖς φυλετικαῖς ἐκκλησίαις . . . αὐτοῖς μόνοις ἐκείνοις* [den Plebejern] *ἴδια*), Lael. bei Gell. XV. 27 § 4, Gai. I. 3, Pompon. Dig. 1, 2, 2, 8: . . *euenit, ut plebs . . . secederet sibique iura constitueret, quae iura plebi scita uocantur*, und zur letzteren Stelle Gai. Dig. 47, 22, 4: *sodalibus . . potestatem facit lex pactionem quam uelint sibi ferre*, Gai. I. 1 (= Inst. J. 1, 2, 1) *quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est uocaturque ius civile*, Inst. J. 1, 2, 11: . . *ea uero (iura), quae ipsa sibi quaeque ciuitas constituit.*

[17]) Im St.R. III[1] S. 155, 156, dazu R. Forschungen Bd. I S. 179, 208.

[18]) Dieser Tadel richtet sich vielleicht nur gegen die römischen Staatsrechtsgelehrten.

gleichsetzte. Auch später noch werden es die Plebejer allemal, wenn die Concilbeschlüsse auf Schwierigkeiten stiessen, versucht haben, ihre Beliebungen zu verteidigen mit dem unbestrittenen Satz: „dass die Plebs das Recht hat, die Plebejer zu binden“ [19]).

Als endlich das von den Centurien [20]) angenommene Gesetz des Dictators Hortensius den Plebisciten unbedingt dieselbe Geltung verlieh, welche den Leges zukam, wurde die Gehorsamspflicht der Patricier vermutlich so erklärt, dass man sagte: der Adel habe durch seine Zustimmung zur Hortensia alle künftigen Plebiscite gebilligt und sie im Voraus als bindend anerkannt für sich und seine Nachkommen [21]). Die adlige Minderheit war also seit 465/468 endgültig unter den Willen der Mehrheit gebeugt und sogar genötigt worden, der Plebs ganz und gar das Feld zu räumen. Ein Ausspruch Ulpians [22]) trifft hier zu, obwohl ihm der Urheber eine andere Beziehung gegeben hat: *Refertur ad uniuersos, quod publice fit per maiorem partem.* Die Patricier mussten schliesslich als Gesetz hinnehmen, was die Mehrheit des Volkes in einer Versammlung feststellte, von der sie selbst ausgeschlossen [23]) waren.

Der bisher betrachtete Urbegriff der römischen Lex hat seine Alleinherrschaft nicht zu behaupten vermocht

---

[19]) Worte Mommsens im St.R. III¹ S. 155.

[20]) S. Mommsen R. Forschungen Bd. I S. 200 N. 50, S. 215, 216, St.R. III¹ S. 159.

[21]) Über den Vertretungsgedanken beim Gemeindebeschluss s. Ihering Geist I S. 217 N. 113 (3. A.), Mommsen St.R. III¹ S. 305.

[22]) In l. 160 § 1 D. de R. I. (50, 17).

[23]) S. Mommsen R. Forschungen Bd. I S. 194 N. 30. Über die L. Hortensia vgl. ausser den Stellen in N. 15 Plin. Hist. nat. XVI. 10 (15), 37.

nach der Aufrichtung der Republik. War das Gesetz der Königszeit wesentlich ein Mittel, die Macht der Obrigkeit zu stärken, so erhielt es jetzt noch die andere Bestimmung: Leib und Leben, Freiheit und Vermögen der Bürger zu schützen gegen die Gewalt der Regierung, kurz die Bestimmung, der Obrigkeit Schranken zu setzen. Die Lex war fähig, auch diesem ihr später unterschobenen Zweck zu dienen, ohne ihre Natur völlig zu ändern. Man brauchte zu diesem Behuf nur Gewicht zu legen auf die Zweiseitigkeit des zwischen Magistrat und Comitien vereinbarten Vertrags, nur zu betonen, dass auch die Beamten und sie vor Allen zu den *omnes Quirites* gehören, denen die Lex Fesseln anlegt *(qui lege tenentur* [24]).

Nach der römischen Überlieferung tritt die besagte Wandlung schon im ersten Jahr der Republik zu Tage. Das Provocationsgesetz von 245 ist wie die bald folgende Lex Alternia Tarpeia nichts Anderes als eine Massregel zur Bändigung des bis dahin unbeschränkten Imperiums. Ebenso steht die bekannte Erzählung [25]), dass P. Valerius Publicola die Fasces vor dem Volke senken liess, im Zusammenhang mit der Umbildung des Begriffes der Lex. Seitdem das Gesetz auch den Magistrat bindet ist die Bürgerschaft als solche dem Beamten nicht mehr untergeordnet, und der Letztere, früher der Meister, wird mehr und mehr der Mandatar des Volkes [26]).

Und noch Eines darf hier erwähnt werden. Das

---

[24]) S. Rubino a. a. O. S. 357—359.

[25]) Man lese Liv. II c. 7, dazu Cic. de re p. II c. 31 § 53.

[26]) Vgl. Mommsen St.R. III[1] S. 300—302. „Mitträger der Souveränetät“, (so Pernice Formelle Gesetze S. 6) sind auch noch die Magistrate der Republik. Vollends verschoben wird der Schwerpunkt erst in der Revolutionsepoche.

grosse Zwölftafelwerk ist nach dem Berichte der alten Schriftsteller[27]) hauptsächlich deswegen unternommen, um die consularische Macht durch die Aufschreibung des Rechtes einzudämmen. Livius legt dem Volkstribun Terentilius Arsa heftige Anklagen in den Mund wider die *immoderata, infinita potestas* der Gemeindevorsteher, die mit aller Strenge der Plebs gegenüber das Recht durchsetzen, während sie selbst *soluti atque effrenati* seien. Darum, fährt er fort:

ne aeterna illis licentia sit, legem se promulgaturum, ut quinqueuiri creentur legibus de imperio consulari scribendis. Quod populus in se ius dederit, eo consulem usurum: non ipsos libidinem ac licentiam suam pro lege habituros.

Es ist kaum möglich, den Wendepunkt in der Geschichte der römischen Lex treffender und deutlicher zu kennzeichnen als mit diesen Livianischen Worten. „Was das Volk sich auferlege, dieses Recht werde in Zukunft auch für den Consul massgebend", werde die feste Schranke seiner Macht sein.

Für unseren Zweck dürfte das Gesagte genügen. Wir wissen jetzt, dass die Gesetze der Republik von verschiedenen Gesichtspunkten aus zu betrachten sind. Daher ist sofort zu fragen, ob sich der Kreis, in dem die Lex gelten soll, ebenso bestimme, wenn sie gedacht wird als Schutzwehr gegen das Imperium, wie auf dem Boden der älteren Auffassung, wo sie als einseitige, nur das Volk verpflichtende Bindung erschien. Dort wurde ihre beschränkte Wirksamkeit erschlossen aus dem Umstand, dass in den

[27]) Liv. III c. 9, übereinstimmend Dionys X c. 1, 2, 3, 55 in f. und im Wesentlichen auch Pompon. Dig. 1, 2, 2 § 3, 4.

Comitien nur Bürger stimmen, mithin nur diese dem König und später den Magistraten Gehorsam versprechen. Hier dagegen haben wir umgekehrt in der verfassungsmässig gegliederten Bürgerschaft das Activsubject zu erblicken, das dem Rogator zustimmend, „Recht setzt" *(legem iubet*[28]) wie für sich so insbesondere für die mit der Handhabung der Staatsgewalt betrauten Beamten, die gegenwärtigen und die künftigen. Auf Beobachtung der in solcher Weise dem Imperium gezogenen Grenzen haben offenbar blos die Glieder des Gemeinwesens Anspruch, dem die Comitien und die Plebejerconcilien als Organe dienen. Dagegen ist die Anwendung bestimmter Normen Seitens der Magistrate den thatsächlich freien Unterthanen des römischen Staates ebenso wenig gewährleistet wie den Sklaven. Auch die Ersteren sind gewiss unfähig, sich auf römische Gesetze in der Weise zu berufen, wie es die Bürger der herrschenden Gemeinde zu thun vermögen. Demnach ist die Civitaet unerlässliches Erforderniss der wahren Zuständigkeit eines *ius ex lege.*

Ohne Wirkung ist endlich die in Rom zu Stande gebrachte Lex den reichsangehörigen Bundesgenossen[29]) gegenüber; allein der Grund, weshalb diese unberührt bleiben, ist ein durchaus anderer als bei den früher Genannten. Die Autonomie der Foederirten ist geschützt durch den mit Rom abgeschlossenen Vertrag, u. z. nicht blos gegen Eingriffe der römischen Volksversammlungen

---

[28]) S. Cic. in Verr. III c. 35 § 82, pro Cluent. c. 57 § 155, pro Balbo c. 17 § 38; andere Stellen bei Mommsen St.R. III[1] S. 310 N. 2. Vgl. Karlowa R.R.G. Bd. I S. 50 N. 1.

[29]) Zum Folgenden Mommsen St.R. III[1] S. 645—715, auch S. 627, 628.

sondern auch der Imperienträger. Sollte insbesondere ein Comitialbeschluss der führenden Gemeinde massgebend werden für eine verbündete Bürgerschaft, mochte sie latinischen Stammes sein oder peregrinisch, so musste die letztere ihren Beitritt erklären, sie musste *fundus* werden, d. h. den Inhalt der fremden Lex zum heimischen Gesetze machen[30]). Ohne solche Zustimmung konnten von Rechtswegen die Leges der Römer für den verbündeten Staat nur Geltung gewinnen kraft besonderer Clauseln des Foedus, welche die Autonomie zu Gunsten der Vormacht einschränkten. Wie weit in dieser Beziehung die hegemonischen Befugnisse der römischen Gemeinde gingen, das kommt hier nicht weiter in Betracht; jedenfalls war durch sie der aufgestellte Grundsatz nicht beseitigt[31]).

---

[30]) Vgl. besonders Cic. p. Balbo c. 8 § 20, 21 (auch c. 21 § 48): *Sed totum hoc, iudices, in ea fuit positum semper ratione atque sententia, ut, cum iussiset populus Romanus aliquid, si id adsciuissent socii populi ac Latini, et si ea lex, quam nos haberemus, eadem in populo aliquo tamquam in fundo resedisset, ut tum lege eadem is populus teneretur . . . Tulit apud maiores nostros legem C. Furius de testamentis, tulit Q. Voconius de mulierum hereditatibus, innumerabiles aliae leges de ciuili iure* (d. h. über das Recht der röm. Bürger; s. unten S. 158) *sunt latae: quas Latini uoluerunt, adsciuerunt;* und aus der verworrenen Definition der *municipes* bei Gell. XVI. 13, 6 die Worte: . . *neque ulla populi Romani lege adstricti, nisi in quam populus eorum fundus factus est*; dazu Karlowa R.R.G. Bd. I S. 297, 298, 306, 425, 426.

[31]) Auch Mommsen anerkennt natürlich die Autonomie der Bundesgenossen; allein „die römische Republik habe sich in Beziehung auf Latium und Italien ein eminentes Gesetzgebungsrecht vindicirt“ (St. R. III[1] S. 693, 694, 696, dazu S. 627, 628). Dem wird man zustimmen können, mit dem Vorbehalt allerdings, dass jene „Vindication“ nicht selten „hegemonischer Übergriff“ sein mochte. Dagegen rechtfertigt m. E. das von Mommsen im „Staatsrecht“ verarbeitete Material keineswegs die weitere Behauptung, dass „jeder auf die italischen Gemeinden erstreckte römische Volksschluss von Rechtswegen bindende Kraft hatte“.

§ 25. Die Lex eine Bürgerordnung. — Unterthanen und Sklaven. — Die Unterthanen und Sklaven ausserhalb der Legalordnung.

Hindernisse der Art, wie sie der Ausdehnung von Comitialgesetzen auf die Foederirten entgegenstanden, waren in Betreff der Unterthanen, die der Autonomie entbehrten, und der Sklaven nicht vorhanden[1]). Das römische Volk konnte und durfte ohne Zweifel durch seine Beschlüsse den Peregrinen *in dicione* nach Belieben Normen setzen. Wenn trotzdem die Comitien mit den Verhältnissen der Unterworfenen nur ganz ausnahmsweise befasst wurden, wenn selbst die Festsetzung der Localstatuten, die sich unmittelbar anschloss an den Übergang von Peregrinenstädten ins latinische oder Bürgerrecht, häufig von Imperienträgern ausging, welche das herrschende Volk zur Aufstellung dauernder Normen besonders ermächtigt hatte[2]), so muss

---

[1]) Dio LIV c. 9 spricht von der Friedenspolitik des Augustus. Dabei wird unterschieden, wie der Kaiser die Unterthanen (τὸ μὲν ὑπήκοον) und wie er die Verbündeten (τὸ δὲ ἔνσπονδον) behandelte; s. auch Mommsen St.R. III[1] S. 746 N. 1.

[2]) Das Julische Municipalgesetz Z. 159—163 zeigt, (was immer *municipium fundanum* sein mag), wie üblich es in den letzten Decennien der Republik war, Stadtrechte im Wege mittelbarer Gesetzgebung zu erteilen; s. Mommsen Stadtrechte S. 393 N. 12, Staatsrecht III[1] S. 812, dazu II[2] S. 888, 889. Vermuten möchte man, dass auch die L. Pompeia Strabonis von 665 (Ascon. in Pison. Orelli p. 3, Plin. Hist. nat. III c. 20 (24) § 138 — dazu Hirschfeld Z. Gesch. d. latin. Rechtes S. 6, 7), welche zuerst ohne Deduction von Ansiedlern latinische „Colonien" schuf, dem Rogator Vollmacht gewährte, die Verhältnisse der transpadanischen (s. Mommsen Hermes Bd. XVI S. 31, 33) Gemeinden selbst zu regeln. In älterer Zeit haben vielleicht italische Städte zuweilen von römischen Beamten mit Genehmigung des Senates Ordnungen empfangen, die auch nicht mittelbar römische Volksgesetze waren. So sagt Liv. IX c. 20 (z. J. 436) von einer der (thatsächlich unterthänigen) Halbbürgergemeinden: *praefecti Capuam*

es eine Maxime der römischen Staatspraxis gewesen sein, das Regiment über die Unterthanen, unter Senatsaufsicht der freien Gewalt der Magistrate und Promagistrate zu überlassen. So sind denn auch die Ordnungen, welche ganzen Provinzen wie einzelnen Teilen bei der ersten Einrichtung und später aufgelegt wurden, durchaus Ausflüsse des Imperiums[3]), vom Feldherrn „gegeben", vom Senate betätigt, oder, was die Regel bildet, vom Feldherrn mit Zustimmung einer senatorischen Zehnercommission erlassen[4]). Eine Reihe einschlagender Beispiele bietet das zweite Buch der Verrinen: c. 13 § 32, c. 15 § 38, c. 16 § 39, 40, c. 37 § 90, c. 49 § 122, c. 50 § 123, c. 50 § 125. Scharf ist besonders in der ersten Stelle eine Sicilische Gerichtsordnung, *quam illi (Siculi) legem Rupiliam uocant*, als rein magistratische Verordnung gekennzeichnet:

---

creari coepti legibus ab L. Furio praetore datis. Es ist doch fraglich, ob dieser praetorischen *lex*, wie Mommsen St.R. III[1] S. 583 (s. II[1] S. 608, 609) meint, die Kraft eines Comitialgesetzes gegeben war. A. a. O. erzählt Livius weiter, der Stadt Antium seien *dati ab senatu ad iura statuenda ipsius coloniae patroni* (s. Mommsen im C.I.L. t. X p. 660). Hier ist von einer Vollbürgergemeinde die Rede. Mommsen St.R. III[1] S. 778, 812 nimmt „einen Beschluss der römischen Comitien" an. Vielleicht mit Recht; aber Liv. berichtet das jedenfalls nicht.

[3]) Dass Gaius Gracchus diesen Grundsatz zu beseitigen suchte, ist schon oben S. 92 bemerkt. Ich erinnere namentlich an die Lex Sempronia über die Abgaben der Provinz Asien. S. L. agrar. Z. 82, Cic. in Verr. III c. 6 § 12, Schol. Bob. p. 259 Orelli, Pernice Ztschr. f. R.G.R.A. Bd. XVIII. S. 64, 65.

[4]) Über die senatorischen *decem legati* s. Mommsen St.R. II[1] S. 692, 693, dazu III[2] S. 1168—1170 [in N. 4 S. 1169 ist das II[1] S. 693 zur N. 1 Gesagte berichtigt], und über die senatorische Ratification der feldherrlichen Acta III[2] S. 1166—1168; vgl. auch III[1] S. 747.

P. Rupili *decretum, quod is de decem legatorum sententia statuit.*

Gleichen Charakter haben die gepriesenen *leges Macedoniae datae* vom Jahr 587 d. St. (Liv. XLV c. 32), deren Urheber der bekannte Sieger im Perseischen Kriege ist. Von demselben L. Aemilius Paullus rührt auch ein uns im Original vorliegendes statthalterliches „Decret" her, das von den Clienten der im Unterthanenverhältniss stehenden Hastenser (in Spanien) und vom Grundeigentum im lascutanischen Gebiete handelt [5]). Am deutlichsten aber ist die verfassungsmässige Incompetenz der Comitien aus der vielfach bezeugten [6]) Geschichte der asiatischen Acta des Pompeius zu ersehen, obwohl gerade in diesem Fall schliesslich die Entscheidung des souveränen Volkes angerufen ward. Als Oberfeldherr im Mithradatischen Krieg hatte Pompeius nach seinen Siegen die Provinz Bithynia-Pontus geschaffen [7]), den Bithynern ein Statut [8]) verliehen

---

[5]) Die wichtige Urkunde aus dem Jahr 565 d. St. (C.I.L. t. II nr. 5041 p. 699, Bruns Font. p. 215, 216) ist von Hübner Hermes Bd. III S. 243–260 und wiederholt von Mommsen Hermes Bd. III S. 261—267, R.Gesch. Bd. I S. 679 Note, St.R. III[1] p. XVII N. 1 besprochen; vgl. auch Karlowa R R.G. Bd. I. S. 447.

[6]) Vgl. Vell. II c. 40 in f., c. 44, Appian b. c. II c. 9, c. 13, Sueton I c. 19, Dio XXXVII c. 49, XXXVIII c. 7, Mommsen R.Geschichte Bd. III S. 150—160, 206, 209, 212, 213 (7. A.), St.R. II[1] S. 692 N. 8 a. E.

[7]) S. Strabo XII c. 3 § 1, dazu Marquardt Staatsverwaltung Bd. I S. 349—351, 356 (2. A.).

[8]) S. Plin. ad Traian. (X) e. 79, 80, 112, 114, 115 (Keil). Vermutlich ist die *lex Bithynorum* bei Gai. I. 193 keine andere als die *Pompeia lex quae Bithynis data est* bei Plin. e. 79. Nicht stichhaltig scheint mir Mommsens Bemerkung St.R. III[1] S. 315 N. 3 über die Bezeichnung: *lex Rupilia, Pompeia*; vgl. dagegen Cic. p. Sex. Rosc. c. 43 § 125 in f.

und noch andere organisatorische Anordnungen in Asien und Syrien getroffen, ohne die Mitwirkung der römischen Regierung in Anspruch zu nehmen. Waffenlos kehrte er dann nach Rom zurück und erwartete vom Senat die Ratification seiner Einrichtungen. Offenbar war das der Weg, der dem stetig beobachteten Herkommen entsprach. Erst als der Versuch, den Senat zu gewinnen, misslang, wandte sich Pompeius an Caesar, den Führer der demokratischen Partei, der über die Comitien gebot. So gelangten die asiatischen Acta unter Caesars Consulat vor die Volksversammlung und wurden durch Gesetz bestätigt. Nicht mit Unrecht sagt Mommsen[9]) von diesem Vorgang, er „bezeichne das Ende der Optimatenherrschaft und den Eintritt des auf die absolute Demokratie aufgebauten Principats“.

Ist das Regiment über die Peregrinen der Provinzen der Regel[10]) nach nicht legitim, ist es kein *imperium iustum*, was Cicero[11]) ausdrücklich nur für Bürger fordert, so scheint es unerlässlich, Schrankenlosigkeit der Beamtengewalt auch den Sklaven gegenüber anzunehmen. Doch wäre dabei ausser Acht gelassen, dass der Unfreie nicht

---

9) St.R. III² S. 1173. Über die Provincialordnungen im Allgemeinen Mommsen St.R. III¹ S. 727, 728, 747, III² S. 1166, 1211; ungenau Krüger Quellen S. 15, 16.

10) Der wichtigsten Ausnahme ist oben S. 92 zur N. 16 und S. 106 in N. 3 gedacht. Wenn zuweilen Festsetzungen für die Provinzen dem „Senat und dem röm. Volke“ zugeschrieben werden, so sind wir deswegen nicht befugt, an Comitialgesetze zu denken. Wie jener Ausdruck zu verstehen sei, das sagt Cic. in Verr. II c. 49 § 121; dazu Mommsen St.R. III² S. 1257 N. 4.

11) De leg. III c. 3 § 6. Wegen der Bedeutung von *iustus* = *legitimus* s. Brissonius De V. S. s. v. *iustus*; dazu Gai. I. 17, pr. I. de nupt. (1, 10).

blos ein rechtloses Individuum ist, sondern gewöhnlich als Eigentumsgegenstand einem Herrn zugehört. Sind es freilich römische Unterthanen, die das Herrenrecht haben, so ist wohl ihretwegen der Imperienträger nie an gesetzliche Normen gebunden gewesen, wenn er Massregeln gegen Unfreie ergreifen wollte. Wie wäre man auch in Rom dazu gekommen, den Peregrinen *in dicione* ihren Sklavenbesitz in höherem Masse zu gewährleisten als anderes Vermögen[12])? Dagegen begreift man leicht, weshalb es den Römern wünschenswert erschien, gewisse Leges auszudehnen auf den ihrem Eigentum unterworfenen Knecht. Nicht etwa darum, weil man glaubte, durch die Anwendung der Gesetze Missethaten der Sklaven wirksamer zu bekämpfen als durch das freie Imperium. Massgebend aber mochte die Erwägung sein, dass die Herrschaft des Strafgesetzes über den Leibeigenen auf der anderen Seite auch eine Schutzwehr ist gegen willkürliche Eingriffe der Magistrate in römisches Eigentum und in das Recht des Hausgerichts[13]).

Der Zeitpunkt, wo man anfing, das Strafrecht der Bürger teilweise auf die Unfreien zu erstrecken, lässt sich

---

[12]) Dem Interesse der römischen Eroberer entsprach weit mehr die Begünstigung der Unfreien in den Provinzen. Dieser Gedanke liegt dem oben zur N. 5 erwähnten Decret des Aemilius Paullus zu Grunde.

[13]) Wesentlich anders Ad. Schmidt Die Persönlichkeit des Sklaven I (Freiburg 1868) S. 9 und im Leipziger Decanatsprogramm vom 13. Februar 1873 S. 3, 7, 8: Nach dem naturale ius sei der Sklave des maleficium fähig; das Criminalrecht der Römer (in dem Freiburger Programm S. 9: „die Criminalgesetze“) habe ihn vom Anfang an vor sein Forum gezogen. Vgl. auch Rein Criminalrecht S. 183 und wider Schmidt Brunnenmeister Tödtungsverbrechen S. 123, 124.

schwerlich genau bestimmen. Jedenfalls steht es fest, dass solche Versuche in die Zeit der älteren Republik nicht zurückreichen. Die Wirksamkeit der Provocationsgesetze und der auf ihnen ruhende Process mit *iudicium populi* ist ohne Zweifel immer auf Gemeindegenossen beschränkt geblieben. Wie dem Peregrinen und in gewissen Grenzen selbst der römischen Frau, so fehlt die comitiale Gemeinschaft natürlich auch dem Sklaven[14]). Mithin war es erst nach Einführung der *quaestiones publicae* möglich, den gesetzlichen Strafprocess und das Strafrecht auf Nichtbürger auszudehnen. Ob aber die neueren Criminalgesetze, oder nur die Mehrzahl von ihnen, wirklich Geltung in so weitem Umfang beanspruchten[15]), ob sie insbesondere die Sklaven ebenso treffen wollten wie die Freien, das ist keineswegs ausgemacht. Cicero[16]) schliesst allerdings gelegentlich aus dem Text der Lex Cornelia: *qui uenenum malum fecit, fecerit* auf die Absicht, schlechthin alle Menschen *(omnes mortales)* zu verbinden[17]); und so allgemein mögen sich auch andere Gesetze[18]) ausgedrückt haben. Allein die

---

[14]) S. Mommsen St. R. I S. 163, II[1] S. 114, 117, 118, III[1] S. 352.

[15]) Zumpt Criminalrecht Bd. I[2] S. 359, II[2] S. 6—8 nimmt das an; die Schwurgerichte lässt er aber nur über die Bürger urteilen.

[16]) In der o. pro Cluent. c. 54 § 148, wo es weiter heisst: *Omnes uiri, mulieres, liberi, serui in iudicium uocantur.* Brunnenmeister a. a. O. S. 225 u. N. 1 (ebenso Rein Cr. R. S. 413) scheint kein Bedenken zu haben gegen Ciceros Auslegung; indess bemerkt er doch: „Die Sklaven freilich brauchten nicht angeklagt zu werden; das Gewöhnliche blieb, dass der Herr den schuldigen Sklaven der Familie des Ermordeten auslieferte.“

[17]) Dagegen sagt Cicero pro Cluentio c. 57 § 157 von einem anderen Capitel *(de coitionibus, falsis testimoniis)* derselben L. Corn.: . . *cum eam legem, quae in nostrum ordinem* (den senatorischen) *scripta sit, in populum Romanum* (nicht: *in omnes mortales*) *transferre conentur.*

[18]) Von privatrechtlichen z. B. die L. Cincia (Vat. 298, 305, 307) und die L. Aquilia (Dig. 9, 2, 2, pr. — 9, 2, 27, 5, Gai. III. 210,

mehrfach bezeugten Strafdrohungen der Cornelischen und Julischen Leges mahnen doch sehr zur Vorsicht. Bekanntlich ist im neueren Recht die *aquae et ignis interdictio* die am häufigsten verhängte Strafe. Darnach kann in den Gesetzen lediglich an die Verbrechen der Bürger gedacht sein[19]. Auch die Relegation und die Vermögensbussen waren den Sklaven gegenüber völlig unbrauchbar[20]. Es wäre also nötig gewesen, in den einzelnen Leges ein Sonderrecht der Leibeigenen festzustellen. Ist das überall geschehen? So viel ich sehe, sind nur processualische Normen zuverlässig bekundet: eine in der Augusteischen Lex *publicorum*, die von der Gestellung des Beschuldigten handelt, *si seruus capitali crimine postuletur*[21], eine andere die kaum noch hergehört, im 9. Capitel der Lex *de adulteriis*, wo für den Schutz der am Knechte begründeten Privatrechte gesorgt war, wenn dieser, des Ehebruchs angeklagt, gefoltert werden sollte[22]. Übrigens haben wir es auch hier nicht mit zufällig erhaltenen Resten einer umfassenden Ordnung des Sklavenprocesses zu thun, sondern anscheinend mit ganz vereinzelten Bestimmungen. Beweis

---

217), die sicher nur für Bürger gegeben ist (arg. Gai. IV. 37). Vorher schon die Zwölftafeln, z. B. VIII. 1. a — VIII. 8 a — X. 7 (Bruns); vgl. aber Bd. I S. 192 N. 35 a. E. Die L. Julia *de adulteriis* und Junia Vellaea sind weiter unten zu erwähnen.

19) Über das Verhältniss der Interdiction zum Exil s. Huschke Multa S. 236, 237, Max Cohn Beiträge z. Bearbeitung d. röm. Rechts Bd. I S. 76—94, neuerdings Mommsen St.R. III[1] S. 51, 52, 140, dessen Darstellung zum Teil abweicht von der Cohnschen; auch L. M. Hartmann De exilio apud Romanos (Berl. Diss. 1887) p. 20—22.

20) Venul. Dig. 48, 2, 12, 4.

21) Papin. Dig. 48, 3, 2.

22) Ulp. Dig. 48, 5, 27 (Mo. 28), 16; vgl. Dig. 48, 5, 27 (Mo. 28), pr. — § 4.

dafür ein erst im Jahre 20 n. Chr. gefasster Senatsbeschluss, der den damals wohl bestrittenen Satz zur Geltung brachte: *Si seruus reus postulabitur, eadem obseruanda sunt, quae si liber esset*[23]). War hiedurch das Verfahren geregelt, so vermissen wir doch besondere Strafdrohungen wider die Unfreien, selbst noch in der Julischen Gesetzgebung. Eine entgegenstehende Nachricht der Jnstitutionen Justinians 4, 18, 7[24]) ist wenig glaubwürdig, und der Inhalt von

---

[23]) Venul. Dig. 48, 2, 12, 3. Vermutlich (s. Dig. 48, 2, 12, 2) hat das S.C. den Sklavenprocess der L. Julia *iudiciorum publicorum* unterworfen.

[24]) Ihr zufolge (dazu Theoph. ad h. l.) hätte Sulla in der L. Corn. *de falsis* und *de sicariis* für Sklaven eine besondere Strafe, das *ultimum supplicium* angeordnet. Sanio in seiner Inauguraldissertation (Königsberg 1827) p. 2, Rein Criminalrecht S. 414 u. A. halten sich einfach an den Ausspruch der Institutionen. Ersterer beruft sich noch auf Marcian Dig. 48, 10, 1, 13 (von M. Cohn a. a. O. Bd. I S. 85 N. 2, dazu S. 96 N. 2 — wohl mit Unrecht — als interpolirt bezeichnet), wo indess (wie bei Paul. V. 25, 1) die Lex als Quelle nicht erwähnt ist. Irre ich nicht, so schreiben die Rechtsbücher hier, wie sonst oft (vgl. Esmein Mélanges d'histoire du droit et de critique p. 112, 113 — Paris 1886), dem Grundgesetz eine Bestimmung zu, deren Ursprung anderswo zu suchen ist und häufig auch einer späteren Zeit angehört. Sagen doch die Inst. 4, 18, 10 selbst: . . *lex Fabia de plagiariis, quae interdum capitis poenam ex sacris constitutionibus irrogat* . .; und 4, 18, 4: . . *lex Iulia de adulteriis, quae . . temeratores alienarum nuptiarum gladio punit* . ., was zweifellos (Rein a. a. O. S. 848) falsch ist; 4, 18, 5: *lex Cornelia de sicariis, quae homicidas ultore ferro persequitur* . ., was ebenso unrichtig ist (Schrader ad h. l. p. 760. — Wegen der *poena cullei* in der L. Corn. vgl. Brunnenmeister a. a. O. S. 228—234). Endlich wäre nach unserem § 7 I. h. t., auch nach Paul. V. 23, 1 und Marcian Dig. 48, 8, 3, 5 (nicht interpolirt — a. A. M. Cohn), in den Sullanischen Gesetzen Deportation angedroht, eine Strafe, die erst in der Kaiserzeit aufkam und allmälich die *aquae et ignis interdictio* verdrängte; s. einerseits Gai. I. 128, Ulp. Coll. XII. 5, 1, andrerseits Dio LVI c. 27, Ulp. Dig. 48, 19, 2, 1 und 48, 13, 3. Keine Unterstützung findet die angefochtene Nachricht der Inst. durch Gai. Dig. 29, 5, 25, pr., § 1. Allerdings setzte die L. Corn. die Mög-

Nervas Lex agraria (Callistr. l. 3 § 1 D. de term. 47, 21) berechtigt nicht zum Schlusse, dass Ähnliches regelmässig schon in den Gesetzen der Republik und der Julier zu finden war. Trotzdem müsste unsere Frage bei der Dürftigkeit der Überlieferung offen bleiben, wenn nicht in l. 12 § 4 D. de accus. (48, 2) eine Auseinandersetzung von Venuleius vorläge, die mit dem Grundsatz beginnt: *omnibus legibus serui rei fiunt*, um dann die Ausnahmen teils aus der Beschaffenheit der angedrohten Strafen abzuleiten, teils aus der Natur gewisser Verbrechen. Wer die ganze Stelle aufmerksam liest, wird kaum zweifeln, dass der Jurist so nicht geschrieben hätte, wenn die Sklaven als Verbrechenssubjecte schon nach dem Wortlaut der einzelnen Criminalgesetze deutlich bald ein- bald ausgeschlossen gewesen wären.

Hiernach ist die von Venuleius überlieferte Regel vermutlich erst von der Jurisprudenz der Kaiserzeit aufgestellt und dann von der Praxis übernommen. Dagegen könnten die *maiores*, die nach Callistratus' Bericht (l. 28 § 16 D. de poen. 48, 19) *in omni supplicio seuerius seruos quam liberos punierunt*, immerhin Magistrate der Republik [25]) sein, da die Verfolgung verbrecherischer Sklaven von Staatswegen viel älter ist als der Versuch, diese Gerichtsbarkeit auf gesetzliche Grundlagen zurückzuführen. Was die Juristen bewegen mochte zur Legalisirung des Strafrechts der Un-

lichkeit staatsgerichtlicher Verfolgung der Leibeigenen voraus und konnte daher verfügen, dass gewisse Freigelassene *perinde ac serui puniantur.* Eine andere Frage aber ist es, ob das Verfahren und die Bestrafung der Sklaven von der Lex selbst geregelt war. Für die Verneinung spricht m. E. das Rescript Hadrians in den Dig. 48, 8, 4, 2.

[25]) Vgl. aber Pernice Labeo Bd. I S. 118 zur N. 24.

freien, das ist oben schon angedeutet: wahrscheinlich das Interesse der römischen Herren. Doch hat wohl das Bestreben mitgewirkt, die Gerichte zu unterweisen, wie sie von ihrer Strafgewalt Gebrauch machen sollten, wenn der Beschuldigte ein Sklave war. Dieser selbst aber hatte kein Recht darauf, nach der Lex und nur nach deren Vorschriften behandelt zu werden. Für ihn war trotz Allem das Gesetz nicht vorhanden, ihm geschah kein Unrecht, wenn er bestraft ward im Widerspruch mit der Legalnorm[26]).

Im Vorstehenden ist gezeigt, in welchem Sinn man von einer Unterwerfung der Sklaven unter das gesetzliche Criminalrecht der Bürger sprechen kann. Anschliessen müssen wir die Frage, ob sich eine ähnliche Entwickelung auf dem Gebiete des Privatrechts wahrnehmen lasse. Ein einziger Punkt ist hier zu erörtern: die Obligation, die für den Unfreien selbst aus dem von ihm verübten Delict entsteht. Ulpian erklärt in einer oft behandelten[27]) Stelle (l. 14 D. de O. et A. 44, 7):

Serui ex delictis quidem obligantur et, si manumittantur,

---

[26]) Es genügt zu erinnern an Paul. Dig. 4, 5, 3, 1: *seruile caput nullum ius habet* . ., Ulp. Dig. 50, 17, 32: *Quod attinet ad ius ciuile, serui pro nullis habentur: non tamen et iure naturali* . . ., Dig. 28, 1, 20, 7: *seruus . . . cum iuris ciuilis communionem non habeat in totum, ne praetoris quidem edicti.*

[27]) In neuerer Zeit von Wyss Haftung f. fremde Culpa S. 12 bis 14, Bechmann Krit. Vtljschr. Bd. X S. 316, 317, Bekker Actionen Bd. I S. 188 N. 8, Ad. Schmidt in dem N. 13 angef. Leipz. Programm S. 9—11, 17—21, Leist-Glück Pandb. 37, 38 IV S. 527—529, Voigt XII Tafeln Bd. II S. 589—591; dazu namentlich Pernice Labeo Bd. I S. 117—120, Sacralrecht II S. 5, und über die Stellung des Sklaven im Sacralrecht überhaupt S. 5—14.

obligati remanent: ex contractibus autem ciuiliter quidem non obligantur, sed naturaliter et obligantur et obligant . .

Dieses Fragment würde uns Schwierigkeiten bereiten, wenn wir gezwungen wären, drei Voraussetzungen neben einander als gegeben anzunehmen. Einmal müsste Ulpian voll einstehen können für die Worte: *obligati remanent*, er müsste ferner altrepublicanisches Recht vortragen, und endlich Delictsobligationen der Sklaven aus Volksgesetzen im Auge haben, nicht blos honorarische Verpflichtungen. Indess scheint mir doch das Erste wie das Zweite sehr unwahrscheinlich, das Dritte mindestens unerweislich zu sein.

Zuvörderst die *obligatio serui*, die Ulpian einräumen muss, wenn wir ihn beim Worte nehmen, kann wohl nur die Haftung des Delinquenten sein, als deren Kehrseite sich das Recht des Verletzten auf Duction, bezw. Noxaedation darstellt[28]). Diese Haftung aber steht in Wahrheit der *rei obligatio*, von der die Juristen bei der verpfändeten Sache sprechen, weit näher als der Obligation im technischen Sinn. Ist die letztere ein *actione teneri*, so kann der Sklave niemals Träger einer Obligation werden, weil ihm die Processfähigkeit mangelt. Mit der Manumission fällt dieses Hinderniss weg: jetzt kann gegen ihn geklagt werden; doch wirkt die Freilassung natürlich nicht ändernd ein auf das Wesen der vorher begründeten „Haftung“[29]).

---

[28]) Mein Standpunkt ist der von Bechmann l. c. angedeutete, womit man Jhering Geist I S. 130, 131 (3. A.) vergleichen möge; nur nehme ich das von Bekker Recht des Besitzes S. 50—57 (über das Ductionsverfahren) überzeugend Dargelegte hinzu.

[29]) Anders A. Schmidt Die Persönlichkeit d. Sklaven I S. 13 N. 22.

Was sodann die Zeit anlangt, in der das Klagrecht der l. 14 D. cit. anerkannt ist, so darf auf Pernice Labeo Bd. I S. 117—120 verwiesen werden[30]). Ulpians Rechtssatz ist keinenfalls so alt wie die Noxalklagen, sondern anscheinend erst gegen das Ende der Republik von den Juristen eingeführt, und gerechtfertigt durch künstliche Verwertung der bekannten Maxime: *noxa caput sequitur*[31]). Vom Anfang an unentbehrlich wäre die Obligation des vormaligen Sklaven nur dann gewesen, wenn die Freilassung lediglich von der Willkür des Herrn abgehangen hätte. Dass aber diese Voraussetzung nicht zutrifft, das zeigen die civilen Manumissionsformen; selbst die testamentarische Freilassung ist in alter Zeit kein Privatact, sondern bedarf der Zustimmung der Curien[32]).

Zuletzt sei noch erwogen, ob uns Ulpian nötigt, auch legitime Delictsklagen gegen den befreiten Sklaven für zulässig zu erachten? Soll z. B. der Bestohlene die gesetzliche Busse von dem diebischen Stichus nach der Manumission mit derselben Formel (ohne Fiction) gefordert haben, deren man sich im Process mit freigeborenen Bürgern bediente? Wäre das der Fall gewesen, so hätte die That des Sklaven *(s. p. . . furtum factum esse)* eine

---

[30]) S. auch P. F. Girard Les actions noxales (Paris 1888) p. 45, 46; dagegen A. Schmidt Persönlichkeit I S. 9, 10.

[31]) Vgl. etwa Savigny System Bd. II S. 427, 428, Pernice Labeo Bd. I S. 119, 120, neuerdings H. Buhl Salvius Julianus I S. 200, 201.

[32]) Vgl. Mommsen St.R. III[1] S. 58, 320, Pernice Formelle Gesetze S. 27, 29. Auch Hölder Beiträge z. Geschichte des röm. Erbrechts S. 36—48 erblickt im ältesten Testament keinen „Act individueller Willkür“, obwohl er die Beschlussfassung der Comitien leugnet. — Dolose Manumission suchte das praetorische Recht unschädlich zu machen; s. Ulp. Paul. l. 21 pr., § 2, l. 24 D. nox. a. (9, 4).

civilrechtliche Verpflichtung *(quam ob rem . . . pro fure damnum decidere oportet)* für den Libertus erzeugt, während den freien Nichtbürger nach gesetzlicher Ordnung, die eben nur für Römer galt, keinerlei Haftung traf (Gai. IV. 37). Offenbar ist diese Annahme von vornherein so wenig wahrscheinlich,[33]) dass sie nur in klaren Aussprüchen der Quellen genügende Begründung finden könnte. Nun berichtet aber Ulpian blos das Folgende: aus Contracten werden die Sklaven zwar *naturaliter* obligirt, nicht aber *ciuiliter*, dagegen *ex delictis serui obligantur*. Gewiss müssen wir in dem letzten Satz das Wort *ciuiliter* ergänzen; allein ebenso gewiss ist unter der „Civilobligation" hier allgemein die klagbare[34]) zu verstehen, nicht die volksrechtliche im Gegensatz zur praetorischen. Auch der Ausdruck *obligatio*, mit dem man ursprünglich nur die civilrechtliche Verpflichtung bezeichnete, ist zur Zeit Ulpians längst auf die honorarische ausgedehnt[35]). Mithin ist es nach l. 14 cit. mindestens erlaubt, an praetorische Klagen gegen den Freigelassenen zu denken, und diese Ansicht erhält eine gute Stütze durch l. 20 D. eod. (44, 7) von Alfenus, wo die Wendungen *iudicium reddere* und *iudicium dare* gebraucht sind. Nach allem dem hat sich das Ulpianische Fragment aus verschiedenen Gründen als ungeeignet erwiesen, unsere Behauptung zu

---

[33]) Sabinus Dig. 47, 2, 42, 1 in f. (vgl. auch Cels. Dig. 13, 1, 15) ist genügend erklärt, wenn eine Furtumsformel mit Freiheitsfiction angenommen wird. Dernburg Heidelb. krit. Ztschr. Bd. I S. 7 will selbst gegen den Haussohn nur ficticische, also praetorische, Actionen zulassen; anders Mandry Familiengüterrecht Bd. I S. 345.

[34]) Belege für diesen Sprachgebrauch in meinen Krit. Studien S. 45.

[35]) Vgl. z. B. Ulp. Dig. 13, 5, 1, 8 und von älteren Juristen Gai. III. 182; dazu Bd. I S. 82—84.

erschüttern, dass die volksgesetzlichen Ordnungen, unter ihnen auch die privatrechtlichen, nur für Bürger, und keineswegs für Sklaven aufgestellt waren.

§ 26. *Ciuitas legibus continetur.* — Das Imperium der Lex unterworfen, nur zu Gunsten der Bürger.

Soll die Untersuchung über den Kreis der von der Lex erfassten Personen nicht allzu sehr anwachsen, so muss eine Erörterung der — zumeist „formellen" — Gesetze, welche ausnahmsweise die Peregrinen angehen[1]), hier, wo sie am Platze wäre, unterbleiben. Um so weniger aber ist eine Aufzählung der wichtigsten Quellenäusserungen zu entbehren, die unsere Regel geradezu enthalten oder sonst für sie Zeugniss ablegen. Erwünscht scheint eine Ergänzung des oben (§ 24) versuchten Beweises auch um deswillen, weil der alte Gedanke, demzufolge der Beamte als Rogator einen Vertrag mit dem Volk abschliesst über die Ausübung seiner eigenen Regierungsgewalt, der Wirklichkeit nicht mehr entsprach, als die Rogationen immer häufiger von den Volkstribunen ausgingen, die bekanntlich zur Staatsregierung überhaupt nicht berufen waren. Daher werden wir unser Augenmerk besonders auf die Leges der sinken-

[1]) Die Verleihung des röm. Bürgerrechts erfolgte durch Volksbeschluss, also durch „Gesetz". Natürlich konnten sich alle Gesetze, welche diesen Gegenstand betrafen, z B. L. Acil. Z. 76, 77 (83, 84), dazu Z. 78 (85), 79 nur auf Individuen latinischen oder peregrinischen Standes beziehen. Sehr begreiflich ist es, dass auch die unbefugte Anmassung der röm. Civitaet mit gesetzlicher Strafe bedroht war; s. Mommsen St.R. III[1] S. 200 N. 1. — Was Appian (de b. c. I c. 22) über die Thätigkeit der Geschwornen des Sempronischen Judiciargesetzes v. 632 sagt, mag richtig sein, wenn es auf die eine oder andere röm. *quaestio* beschränkt wird; so auch Mommsen St.R. III[1] S. 703 N. 1.

den Republik und der Kaiserzeit richten, um zu ermitteln, ob auch diese Gesetze nur Jus **civile**, Bürgerrecht, erzeugen sollten.

Hervorragende Bedeutung unter den anzuführenden Belegen kommt der schon einmal (S. 95) erwähnten Phrase zu: *lege (legibus) populus tenetur* und *non tenetur*, die gebraucht ist, bei:

Cic. pro C. Corn. I fr. 11 (Müller: fr. A. VII, 24) de domo c. 16 § 41, Philipp. V c. 4 § 10, XII c. 5 § 12, Ascon. in Corn. p. 68 (Or.), Liv. IX c. 34[2]).

Sie dient dazu, die Rechtskraft der Volksgesetze zu bejahen und zu verneinen. Wenn sie blos den *populus*, d. h. die römischen Gemeindegenossen als diejenigen hinstellt, *qui tenentur*, so ist damit unabsichtlich und deswegen nicht minder überzeugend das regelmässige Geltungsgebiet der Lex bekundet.

Zu den ältesten Zeugnissen gehören die angeblich übereinstimmenden, von der Plebs zu verschiedenen Malen erkämpften Bestimmungen über die Tragweite ihrer Concilbeschlüsse. Auskunft über Wortlaut und Inhalt der in dieser Sache massgebenden Gesetze, des Valerisch-Horatischen, des Publilischen und des Hortensischen gewähren:

Liv. III c. 55, VIII c. 12, Dionys XI c. 45, Lael. bei Gell. XV. 27, 4, Plin. Nat. hist. XVI. 10 (15) § 37, Gai. I. 3[3]).

Nach dem Berichte dieser Autoren sollten die Plebiscite gelten für den *populus*, für *omnes Quirites*, für den *uniuersus populus*, sie sollten *ἅπασι κεῖσθαι Ῥωμαίοις*.

Den zunächst folgenden Stellen ist eine kurze Be-

---

[2]) S. oben S. 95 N. 7; vgl. auch Cic. pro Balbo c. 8 § 20 in f.

[3]) S. oben S. 96 N. 8.

trachtung voraufzuschicken. In den Quellen liegt eine Reihe von Äusserungen vor, die einen sicheren Schluss zulassen auf das Verhältniss, in dem nach römischer Auffassung die *lex* zur republicanisch organisirten Bürgerschaft, zum *populus* stand oder — was Dasselbe ist — zur *ciuitas*[4]). Schwankend sind die Angaben der Alten nur über das ursprünglich unfreie, d. h. unter Königsgewalt stehende, Gemeinwesen. Bald wird dieser Epoche ein absolutes Imperium zugeschrieben, so dass die Herrschaft des Gesetzes erst mit der Aufrichtung des Freistaats beginnt, bald erscheint auch die Königsmacht als beschränkt durch die Lex[5]). Offenbar ging das Bestreben der Römer dahin, ihre Könige wenigstens der absoluten Gewalt möglichst zu entkleiden, das *imperium regium* zugleich als *legitimum* darzustellen. In der That war solche Geschichtsconstruction gar nicht zu vermeiden, wenn man einerseits den Anfang des römischen Staatslebens unter Romulus, nicht unter Brutus setzte, andererseits an dem republicanischen Axiom festhielt, dass kein richtiges Gemeinwesen

---

[4]) Vgl. z. B. Cic. de re p. VI c. 13: . . . *concilia coetusque hominum iure sociati, quae ciuitates appellantur,* Liv. XXXIV c. 4, XXXV c. 7. *Ciuitas* (= Gemeinwesen) neben *populus* findet sich in der Evocationsformel bei Macrob. Sat. III c. 9 § 7, auch bei Gai. I. 79.

[5]) Nach Tacit. Annal. III c. 26 ist Romulus absoluter Herrscher (*ut libitum imperitauerat*), dagegen Tullius *sanctor legum, quis etiam reges obtemperarent;* etwas anders Sallust. Catil. c. 6 § 6 (*imperium legitumum, nomen imperi regium*), s. auch c. 6 § 1, c. 9 § 1, ferner Cic. de re p. II c. 30—33 § 52—57, de leg. III c. 1, 2 § 3, 4, de offic. II c. 12 § 41, 42 (dazu pro Cluent. c. 53 § 146), Liv. I c. 8, Seneca Epist. 90 (XIV. 2) § 5, 6 (Haase); aus der Litteratur besonders Rubino Untersuchungen I S. 117—121, 357, 415—429, dem ich folgen möchte, obwohl Mommsen St.R. II[1] S. 10, 11, III[1] S. 306, 307, R.Gesch. Bd. I S. 73, 74 (6. A.) zum Teil abweichender Ansicht ist; vgl. noch Bernhöft Staat und Recht S. 115—119, 157—160.

denkbar sei ohne Gesetz. Anscheinend liegt diese Erwägung auch bei Livius I c. 8 zu Grunde, wo die Entstehung der römischen Gemeinde und das Verfahren des Romulus geschildert ist:

. . . *uocataque ad concilium multitudine, quae coalescere in populi unius corpus nulla re praeterquam legibus poterat, iura dedit.*

Logischer Weise konnte die Gesetzgebung des ersten Königs, ehe die „Bürgerschaft“ vorhanden war, nur als Ausfluss eines — freilich blos thatsächlichen — Imperiums, nicht als zweiseitiger Act gedacht werden. Allein die Staatsdoctrin, die im Relativsatz zum Ausdruck kommt[6]), verlangte unbedingt die Lex. So musste denn die Gemeindegründung durch Lex data erfolgen, obwohl der Widersinn, der allen Erzählungen dieser Art anhaftet, dadurch nur verschleiert, nicht beseitigt ist.

Was Livius lehrt war gegen das Ende der Republik und sicher schon weit früher allgemein herrschende Anschauung. In Ciceros Schriften ist die Zusammengehörigkeit von *lex* und *ciuitas* (=*populus*) wiederholt anerkannt:

in den Reden de domo c. 18 § 33[7]), in Pison. c. 13 § 30, de prov. cons. c. 19 § 46, Phil. VII c. 5 § 15[8]);

---

[6]) Diese verstand unter *lex* sicher das Volksgesetz. Dann aber ist das *iura dare* des Romulus ebenfalls Gesetzgebung, nicht Verordnung kraft einfacher Magistratsgewalt. Dass Mommsen St. R. III[1] S. 310, 311 seine eigene Lehre von der Lex data im technischen Sinn jetzt preisgiebt, ist nicht zu billigen (s. Krüger Quellen S. 15 N. 48, Kipp Krit. Vtljschr. Bd. XXXII S. 4) und weder gerechtfertigt durch die ursprünglich weite Bedeutung von *lex* (oben S. 94) noch durch die wenig sorgfältige Verwendung des Wortes von Seiten der Nichtjuristen.

[7]) Vgl. auch Seneca Epist. 94 (XV. 2) § 38.

[8]) Auch Cic. p. Caec. c. 14 § 40, de orat. I c. 48 § 212 gehören wohl hieher.

das bedingende Verhältniss, das zwischen beiden obwaltet in der Republik I c. 32 § 49:

. . . *cum lex sit ciuilis societatis uinculum*, . .

ebenso de off. III c. 5 § 23 und pro Cluent. c. 53 § 146, 147[9]):

. . . *multo esse indignius in ea ciuitate, quae legibus contineatur, discedi ab legibus. Hoc enim* . . . *fundamentum libertatis, hic fons aequitatis; mens et animus et consilium et sententia ciuitatis posita est in legibus* . . . *ciuitas sine lege suis partibus* . . . *uti non potest. Legum ministri magistratus* . . . *legibus denique idcirco omnes seruimus, ut liberi esse possimus.* . . . *Circumspicite omnes rei publicae partes; omnia legum imperio et praescripto fieri uidebitis.*

In den vorstehenden Sätzen ist noch Mehr enthalten, was hier Beachtung erheischt. Die Magistrate, sagt der Redner, sind die Diener der Gesetze und die Gesetze, welche das Regiment in der Gemeinde führen, die Grundlage unserer Freiheit. Nimmt man hinzu, dass nach der Vorstellung der Alten[10]) die *libertas* dem *populus* errungen wird mit dem Sturze der *regia potestas*, an deren Stelle dann die Leges treten[11]), so ist Ciceros Gedankengang zuverlässig in folgender Weise herzustellen. Durch die

---

[9]) Ein Teil dieser Stelle ist schon im I. Bd. S. 8 abgedruckt und erläutert.

[10]) S. z. B. Cic. de re p. II c. 23 § 43 in f., c. 31—33 § 55 bis 57, de leg. III c. 2 § 4, Sall. Cat. c. 7 § 2 (*adepta libertate*).

[11]) So Cic. de offic. II c. 12 § 41, 42, Liv. II c. 3 und besonders II c. 1: *Liberi iam hinc populi Romani res, . . . imperiaque legum potentiora quam hominum peragam*; vgl. auch Jhering Zweck im Recht Bd. I S. 345, 346 (2. A.), der auf Justinus Epit. I c. 1 § 1, 2 aufmerksam macht.

Unterwerfung der Magistrate unter die Lex wird die bürgerliche Freiheit erworben und gesichert. So weit die Herrschaft der Legalordnung reicht, so weit ist das Imperium der Urzeit gefesselt, wenn nicht vernichtet, da es übergeht in einfache Ausführung der Gesetze. Dass Cicero bei dieser Darlegung die Beamten nur in ihrem Verhältniss zu den Bürgern ins Auge fasst, dass die Herrschaft der Gesetze nur den Gemeindegenossen Freiheit verschafft, das bedarf wohl keines besonderen Beweises. Der Redner sagt es ganz ausdrücklich, da er immer wieder die *ciuitas* nennt, um auf sie die befreienden Leges zu beziehen.

Wünscht aber Jemand diese Auslegung noch weiter bekräftigt zu sehen, so mag er das dritte Buch der Ciceronischen Leges durchblättern. Das dort (c. 3, 4) aufgestellte Regierungsgesetz will zweifellos die Gewalt der Magistrate nur den Bürgern gegenüber festsetzen und begrenzen. Heisst es doch in der Einleitung (c. 2 § 5):

neque solum iis (d. i. *magistratibus*) *praescribendus est imperandi, sed etiam ciuibus obtemperandi modus,*

und der Verfassungsentwurf selbst beginnt, um nur Eines hervorzuheben, mit den Worten:

Iusta (= legitima [12]) *imperia sunto, isque ciuis modeste ac sine recusatione parento.*

Ist es dem Gesagten nach sicher geboten, den Schutz der Volksgesetze auf die Bürger zu beschränken, so kann mit gleicher Sicherheit das Verhältniss der reichsangehörigen Peregrinen zur römischen Obrigkeit bestimmt werden. Wie in der Königszeit die Bürger der *regia potestas*, so sind Roms Unterthanen dem absoluten Imperium der republica-

[12]) S. oben S. 108 N. 11.

nischen Beamten unterworfen. Der Abstand in der Behandlung der Römer und der Peregrinen ist im Laufe der Zeit, bis zur Einsetzung des Principats, eher grösser als geringer geworden. Dies wird verständlich, wenn man die allmäliche Ausbreitung des Legalrechtes beachtet und dabei bedenkt, dass auch der Bürger dem ungebundenen Imperium unterlag, so weit die Volksgesetze Raum liessen für das freie Walten der Obrigkeit. Daher ist der fragliche Unterschied genauer so zu fassen: den Bürger beherrscht grundsätzlich — wenigstens *domi* — die Lex, nur wo sie Lücken lässt, das Imperium; dagegen steht umgekehrt der Nichtrömer regelmässig unter der schrankenlosen Beamtengewalt[13]), es sei denn dass ihm als Foederirten[14]) Schutz gebührt nach Völkerrecht.

Nur die Kehrseite dessen, was Cicero mit den Worten *ciuitas legibus utitur* und *legibus continetur* ausdrückt, ist der Satz: peregrinos imperium continet, der freilich m. W. in solcher Allgemeinheit in unserer Überlieferung nicht vorkommt. Die Aufmerksamkeit der alten Staatsgelehrten war eben lediglich auf die römische Gemeinde gerichtet, und von den Juristenschriften, zumal aus der Zeit vor Caracallas Constitution, ist in der Urgestalt so wenig erhalten,

---

[13]) In dieser Lage befanden sich alle Provincialen mit blos „tolerirter Autonomie" (Mommsen), obwohl auch ihnen die höfliche Bezeichnung: *socii p. R.* nicht versagt wurde (s. M. Staatsrecht III[1] S. 724, 725). Königsherrschaft war das römische Provincialregiment insofern nicht (wichtigste Ausnahme: Aegypten), als es den Städten die Selbstverwaltung beliess oder gar neu verlieh. Trotzdem übten die Statthalter ein fast (Repetundengesetze!) absolutes Herrenrecht aus.

[14]) Was dem Bürger die Lex, das gewährt den Bundesgenossen das Foedus; vgl. z. B. Z. 29 der L. agraria v. 643. Auf [*ceiui*] *Romano* beziehen sich die Worte: [*ex lege pleb*]*eiue sc*(*ito*), auf *Latino peregrinoque* die Worte: *exue foedere.*

dass es nicht befremden kann, wenn sie uns Auskunft versagen. *Lex* und *imperium* sind zwar zuweilen neben einander gestellt, so von Cic. de re p. I c. 2 § 3, von Papinian im fr. 27 de O. et A. (44, 7) und von Marcian im fr. 214 de V. S. (50, 16); allein es ist dabei gewiss nicht an verschiedene Individuen gedacht, welche die eine und die andere Gewalt beherrscht. Weit häufiger als das Imperium erscheint neben der Lex oder ihr gegenüber der Magistrat[15]) (Praetor), das Edict oder das Jus honorarium, d. h. statt des Abstractums der Träger und das Erzeugniss des Imperiums. Wo diese Ersatzworte gewählt sind, da ist doch derselbe Gegensatz gemeint, nur anders gefärbt und minder scharf betont. Wir wissen ja, wie sich durch gleichmässige Übung eine Art Ordnung auch im eigenen Gebiet der Beamtenwillkür gebildet hat. Aus dieser Thatsache erklärt sich die Entstehung des Ausdrucks *ius honorarium*, den die späteren Klassiker nicht selten verwenden, doch schwerlich einmal ohne das Bewusstsein, dem Worte *ius* Gewalt anzuthun[16]). Die Juristen haben wohl die Anschauung nie fallen gelassen, dass die Beamtenwillkür ohne Weiteres nicht fähig sei, Recht im eigentlichen Sinn zu

---

[15]) S. unten S. 136 N. 24.

[16]) Dafür haben wir sprechende Belege. Hier nur einige Andeutungen. Pomp. Dig. 1, 2, 2, 12 sagt: *iure, id est lege;* demgemäss nennt er und nennen die jüngsten Juristen das Volksrecht (aus Gesetz und Gewohnheit) das „eigentliche" Recht, *ipsum ius* [z. B. Dig. 24, 1, 32, 1 — 33, 2, 29 — 34, 2, 34, 1 — 38, 2, 2, 2 — 43, 18, 1, 9 — 46, 6, 4, pr. — Ulp. I. 10. — Inst. J. 3, 10 (Kr. 3, 9), 2]. Daher dient auch *ius* ohne Beisatz sehr häufig zur Bezeichnung des Civilrechts [z. B. Gai. II. 120, 147, 148, III. 25, 36, 41, Dig. 5, 3, 1, Ulp. V. 3, 10, XXIII. 6 in f., Vat. 61 = Dig. 7, 4, 1, pr., Dig. 1, 3, 9]. Bekannt ist das *ius praetorium* schon dem Cicero; verteidigt ist der Ausdruck *ius honorarium*, nach Hadrians S. C., von Paul. Dig. 1, 1, 11; s. meine Krit. Studien S. 2, 6, 14, 103.

erzeugen, darum nicht fähig, weil der Magistrat, auch wo er edicirt, doch nur einseitig sich selbst bindet, nicht gebunden wird von einer gleich oder höher stehenden Gewalt, noch auch ein Gehorsamsversprechen vom Volk empfängt, wodurch allein der Norm die nötige Garantie und so die Natur wahren Rechtes zu Teil wird[17]). Demnach dürfte es nicht unrichtig sein, noch der klassischen Zeit trotz des ausgleichenden Kaiserregiments den Grundsatz zuzuschreiben: Die Bürger leben nach gesetzlichem Recht, die Peregrinen regiert das Imperium der römischen Beamten. Erst unter Caracalla ward dieser Unterscheidung in weitem Umfang der Boden entzogen.

§ 27. Römische und peregrinische Judicia legitima. — Das hellenisch-italische System der persönlichen Gemeinderechte aus Gesetzen. — Die provincialen Processe zwischen Ungenossen unter dem Imperium der Statthalter.

Den besten, unmittelbar verwertbaren Quellenbeleg für das zuletzt Ausgeführte finden wir bei Gai. IV. 103—105, 109, obwohl es nur Gerichts- und Processordnungen sind, die er daselbst ins Auge fasst. Dabei ist weit mehr Gewicht zu legen auf die Gegenüberstellung des *ius legitimum* und des *imperium* (103) und auf die Verbindung, in die das erstere mit den Bürgern, das letztere mit den Peregrinen gebracht ist (104, 105), als auf die Deutung der Phrase *imperio contineri iudicia* (105 in f.[1]), die vermut-

[17]) Vgl. auch meine Krit. Studien S. 153—156, wo das Verhalten der Jurisprudenz der Lex und der Kaiserconstitution gegenüber besprochen ist.

[1]) *Ideo autem imperio contineri iudicia dicuntur, quia tamdiu ualent,*

lich den Juristen geläufig war, gewiss aber den Sinn der Worte nicht erschöpft und wohl auch nicht erschöpfen will.

Willkommene Unterstützung gewähren Ciceros Mitteilungen über das Gerichtswesen Siciliens auf Grund des Rupilischen Decrets und über seine eigene Justizverwaltung in Cilicien. Den unterthänigen Siculern war im Provincialstatut das Zugeständniss gemacht (in Verr. II c. 37 § 90):

ut ciues inter se legibus suis agerent,

genauer (in Verr. II c. 13 § 32):

ut, quod ciuis cum ciue agat, domi certet suis legibus, quod Siculus cum Siculo non eiusdem ciuitatis, ut de eo praetor iudices ex P. Rutili decreto . . . sortiatur;

und in Cilicien gestattet[2]) der Proconsul im J. 703 d. St. (ad Attic. VI. 1 § 15):

ut Graeci inter se disceptent suis legibus . . peregrinis iudicibus utantur,

womit, wie er selbst erzählt, den Provincialen die *αὐτονομία* gewonnen schien. Das Wesen dieser „Freiheit" und die Folgen der Verleihung sind nochmals geschildert ad Att. VI. 2 § 4:

omnes (ciuitates) suis legibus et iudiciis[3]) *usae, αὐτονομίαν adeptae, reuixerunt.*

Überall handelt es sich nicht um römische, sondern

---

quamdiu is qui ea praecepit imperium habebit. Was diese Erklärung hervorhebt, das ist nur eine aus dem Wesen des Imperiums abgeleitete, besonders in die Augen fallende (vgl. das Sprichwort bei Gai. IV. 104 in f.) Erscheinung.

[2]) Vgl. Degenkolb Lex Hieronica S. 4 N. 1.

[3]) Dazu Karlowa R. Rechtsgeschichte Bd. I S. 328.

um peregrinische Leges abhängiger Städte, u. z. um Gesetze, deren Wirksamkeit, durch kein Foedus gewährleistet, mehr oder minder vom Ermessen der römischen Imperienträger abhing[4]). Allein vom Standpunkt der Unterthanen[5]) aus können die auf der heimischen Lex einer Civitas ruhenden Gerichte und Processe unbedenklich *iudicia legitima* genannt werden, analog den römischen. Mit den letzteren stimmen sie in dem wesentlichsten Punkte überein: sie finden nur statt, wenn die Parteien Bürger derselben Gemeinde sind, und der Grund dieser Beschränkung ist hier wie dort genau der nämliche: die Regelung des Verfahrens durch ein Gesetz, das ursprünglich in den

---

[4]) Dem Rupilischen Statut lag eine Senatsvollmacht zu Grunde. Wenn aber Verres durch sein Edict noch besonders bekräftigte, was in jenem Decret enthalten war (in Verr. II c. 37 § 90 in f.), so ist Dies vielleicht ein Beweis für das im Vergleich zum röm. Volksgesetz geringere Ansehen des S. C.; vgl. indess Mommsen St. R. III[1] S. 747, III[2] S. 1211.

[5]) Diesen Standpunkt hat Rudorff (Berliner Index f. den Winter 1850 p. 6—9, Feldmesser Bd. II S. 247 N. 45, R.R.G. Bd. II S. 12 und bei Puchta Cursus Bd. I § 159 N. b) gewählt, und er musste es thun, wenn er peregrinische Einrichtungen mit römischen vergleichen wollte. Darum ist die Zurechtweisung, welche Voigt Jus nat. Bd. II S. 405 N. 489 Rudorff angedeihen lässt, unverdient. Der Bürger von Thermae z. B. (einer Unterthanenstadt; s. Marquardt Staatsverwaltung Bd. I S. 244, 245 — 2. A.) betrachtet die *leges Thermitanorum* deswegen nicht weniger als die seinigen, weil Rom diese Gesetze seiner Heimat zurückgegeben (*reddidit*) und das Rupilische Decret diesen Rechtszustand bestätigt hatte (Cic. in Verr. II c. 37 § 90). Spricht doch selbst der Römer von den „eigenen Gesetzen der Siculer“, so Cic. in Verr. A. pr. c. 4 § 13, II c. 13 § 33. Zudem geht Voigt von einem unklaren Begriff des röm. *iudicium legitimum* aus (dessen Wesen gerade darin besteht, dass röm. Gesetzesrecht auf den Process angewandt wird; vgl. auch oben S. 76 N. 11) und behauptet Falsches, wenn er die Processinstruction den sicilischen Stadtmagistraten abspricht. Gegen die letztere Annahme überzeugend Karlowa R.R.G. Bd. I S. 328, dazu Mommsen St. R. III[1] S. 747—749.

sicilischen Städten so wenig wie in Rom hinausgreift über den Kreis der eigenen Bürger, dem also „territoriale“ Geltung (für alle Processe im Stadtgebiet) nirgends zukommt, sondern bindende Kraft lediglich für eine begrenzte Anzahl von Personen, die sich bestimmt durch die Zugehörigkeit zum Populus.

Um dem Einwand zu begegnen, dass erst das römische Regiment auf Sicilien die Sonderung des für Bürger (*ciuis cum ciue*) und des für Peregrinenprocesse (*Siculus cum Siculo non eiusdem ciuitatis*) geltenden Rechtes bewirkt habe, muss Eines bemerkt werden. Das System der persönlichen Gemeinderechte[6]) ist den Römern keineswegs eigentümlich, sondern altes Gemeingut der graecoitalischen Welt. Der Satz: *ciuitas legibus utitur*, woraus die Rechtlosigkeit der Nichtbürger unmittelbar folgt, lässt sich aus griechischen Quellen ebenso gut erweisen wie aus römischen. So lehrt denn auch Hermann[7]) ausdrücklich: „dem griechischen Staat . . beschränkt sich das Recht fortwährend

---

[6]) Einen passenderen Namen finde ich nicht. Der hier gewählte soll aufmerksam machen auf den Unterschied des griechisch-römischen und des germanischen Princips der persönlichen Stammesrechte. Die Geltung des letzteren ist für die „altgermanische“ Zeit, wo die deutschen Stämme nicht dauernd sesshaft waren (Voraussetzung des Territorialgedankens!) am wenigsten zu bezweifeln. Brunner Deutsche Rechtsgesch. Bd. I S. 260 denkt nur an die Anwendung des persönlichen Rechtes vor dem Gerichte eines anderen Volkes. Dieser Grundsatz ist freilich nicht altgermanisch (ebensowenig graeco-italisch), sondern später (zuerst im fränkischen Reich?) entwickelt. Altgermanisch ist die Rechtlosigkeit der Fremden (s. Brunner a. a. O. Bd. I. S. 273—275).

[7]) Lehrb. d. griech. Antiquitäten Bd. II 1. Abt. § 1 S. 4 (3. A. v. Thalheim), auch Bd. I 1. Abt. § 9 S. 73 (6. A. v. Thumser), Voigt Jus naturale Bd. IV. 2 S. 232—235.

auf die Mitglieder der nämlichen bürgerlichen Gemeinschaft, aus deren Sitten oder Bedürfnissen es hervorgegangen ist". Zum Beweise beruft er sich hauptsächlich auf Aristoteles Polit.[8]) VII c. 2 § 8 p. 1324 b. Ergiebiger scheint mir eine andere Stelle in demselben Werke: III c. 1 § 3 p. 1275 a, wo verschiedener Versuche gedacht ist, den Begriff des „Bürgers" festzustellen. Nach Aristoteles Ansicht dürfte man nicht sagen, *πολῖται* seien *οἱ τῶν δικαίων μετέχοντες;* denn ein Anteil am Rechte komme auch zu (*ὑπάρχει*) *τοῖς*[9]) *ἀπὸ συμβόλων κοινωνοῦσιν.* Diese Äusserung zeigt, dass der Fremde nur kraft besonderen Staatsvertrags[10]) auf Rechtshülfe Anspruch hatte. Daher heissen auch in Athen die Processe, in denen die Bundesgenossen (die *αὐτόνομοι* und *ὑποτελεῖς*) Recht geben und nehmen, *δίκαι ἀπὸ συμβόλων*[11]). Die Normen für die Fremdengerichte[12]) mochten zu bestimmter Zeit mehr oder weniger zusammenfallen mit dem im Bürgerprocess massgebenden

---

[8]) In der Ausgabe von Susemihl (Lipsiae 1872) IV c. 2 § 8. Die *ἄλλοι* (. . . *πρὸς δὲ τοὺς ἄλλους οὐδὲν μέλει τῶν δικαίων*), welche A. den „*αὐτοί*" gegenübersetzt, sind nach dem Zusammenhang die Fremden.

[9]) Bücheler will hier einschalten: *μετοίκοις καὶ τοῖς.* Von den *μέτοικοι* spricht A. sofort. Ihre *κοινωνία* sei nur unvollkommen, denn sie bedürften *πολλαχοῦ* eines *προστάτης.*

[10]) Über die *σύμβολα* vgl. insbesondere Harpocratio s. h. v. (Dindorf t. I p. 282): *τὰς συνθήκας, ἃς ἂν ἀλλήλαις αἱ πόλεις θέμεναι τάττωσι τοῖς πολίταις ὥστε διδόναι καὶ λαμβάνειν τὰ δίκαια;* dazu die reichhaltige Annotatio im t. II der Dindorfschen Ausg. p. 428—430.

[11]) Meier-Schömann-Lipsius Der Attische Process Bd. II S. 994 bis 1006 (1887).

[12]) Wegen der Sonderung der Gerichtsbarkeit über Bürger (*πολῖται*), die dem Archon, und über Schutzverwandte (*μέτοικοι, ἰσοτελεῖς, πρόξενοι*), die dem Polemarchos in Athen zusteht, vgl. jetzt Aristot. Athen. Polit. c. 58 (col. 29), wo es am Schlusse heisst: . . *καὶ τἄλλ' ὅσα τοῖς πολίταις ὁ ἄρχων ταῦτα τοῖς μετοίκοις ὁ πολέμαρχος.*

Recht. An und für sich ist solche Gleichheit denkbar ebenso als Ausgangspunkt wie als letzte Stufe der Entwickelung. Bezeugt ist sie anscheinend im hellenischen Rechtskreis durch Inschriften[13]) des dritten Jahrhunderts a. Chr. und spätere. Dagegen wäre wohl der Versuch abzuweisen, im selben Sinn die Rede der Athener bei Thukydides I c. 77 § 1 auszulegen, wo diese ihre fruchtlose Mässigung gegen die Bundesgenossen hervorheben:

καὶ ἐλασσούμενοι γὰρ ἐν ταῖς ξυμβολαίαις πρὸς τοὺς ξυμμάχους δίκαις, καὶ παρ' ἡμῖν αὐτοῖς ἐν τοῖς ὁμοίοις νόμοις ποιήσαντες τὰς κρίσεις, φιλοδικεῖν δοκοῦμεν.

Die erwähnten *ὅμοιοι νόμοι* wird man besser von Vorschriften verstehen, die den Athener und den Bundesgenossen im Internationalprocess auf gleichem Fusse behandeln[14]). Immerhin kann die Nachbildung der Civilnormen im Fremdenrecht unbedenklich zugestanden werden[15]), ohne dass deswegen unsere obige Behauptung.

---

[13]) Im Corp. inscr. gr. t. II nr. 2554 (p. 398, 399), nr. 2556 (p. 411, 412), nr. 2222 (p. 205); dazu die Anmerkungen von Böckh und Voigt Jus nat., der in Beil. XIII (Bd. IV. 2 S. 186—250) eine dankenswerte Zusammenstellung des weitschichtigen Materials giebt. Für anfechtbar halte ich das Ergebniss (S. 249) der Voigtschen Untersuchung.

[14]) Wegen Thukyd. IV c. 118 § 8 (*κατὰ τὰ πάτρια*) vgl. Sell Recuperatio S. 325, 326.

[15]) Nach Karlowa R.R.G. Bd. I S. 454 ist das römische Jus gentium aus dem Verkehr der Bürger entstanden, später übertragen auf den Internationalverkehr. Das trifft anscheinend bei manchen Instituten zu; bei der Mehrzahl ist aber m. E. eine Entwickelung in entgegengesetzter Richtung viel wahrscheinlicher; vgl. auch Inst. 1, 2, 2 in f., Ulp. D. 43, 26, 1, 1, Paul. Vat. 47a, Herm. D. 1, 1, 5.

civitas legibus utitur irgend gefährdet wäre. Mag auch der Rechtssatz in beiden Gebieten gleich lauten, so beruht er doch im Fremden- und im Bürgerprocess auf verschiedenen Quellen, dort zuletzt auf dem Staatsvertrag, hier unmittelbar auf dem Gemeindegesetz.

Die Römer waren sich dessen wohl bewusst, dass die Unterscheidung des Jus civile und Jus gentium ihr Rechts- und Gerichtswesen nicht auszeichne vor dem anderer Völker, sondern zum Mindesten in allen Städten griechisch-italischer Kultur wiederkehre. So setzt z. B. Cicero in den Officien III c. 5 § 23 dem *ius gentium* nicht das römische Jus civile oder die Leges seines Staates entgegen, vielmehr bezeichnet er das andere Glied mit den Worten *leges populorum*. Und Gaius leitet bekanntlich sein Lehrbuch (Dig. 1, 1, 8, Inst. I. 1) mit der Bemerkung ein, „alle Völker", die sich einer Rechtsordnung erfreuen, lebten teils nach *ius proprium*, teils nach *ius commune*;

nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est uocaturque ius ciuile („Bürgerrecht"), *quasi ius proprium ciuitatis* (der „Bürgerschaft", nicht: des Gemeindeterritoriums); *quod uero naturalis ratio inter omnes homines constituit . . . uocatur ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur.*

Jetzt erst wendet sich der Jurist den römischen Einrichtungen zu, die lediglich bestätigen was vorher von anderen Völkern gesagt ist:

populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utitur.

Um zu zeigen, dass der Ausdruck *ius ciuile* seiner eigentlichen Bedeutung nach auf jedes „bürgerliche" Recht,

nicht blos auf das römische, gehe, ist in Justinians Institutionen (1, 2, 2) noch Folgendes beigefügt:

Sed ius quidem ciuile ex ***unaquaque*** *ciuitate appellatur, ueluti Atheniensium: nam si quis uelit Solonis uel Draconis leges appellare* ***ius ciuile Atheniensium***, *non errauerit.* ***sic enim et*** *ius, quo populus* ***Romanus*** *utitur, ius ciuile Romanorum appellamus: uel ius Quiritium, quo Quirites* („die Bürger") *utuntur* . . . .

Endlich bezeugen zwei spätklassische Juristen die Übereinstimmung der hellenischen und der römischen Auffassung des Gesetzes in der Weise, dass sie den Begriff der *lex* statt mit eigenen, mit den Worten eines Griechen, vielleicht des Demosthenes, bestimmen. Den griechischen Text selbst, der auch sonst[16]) erhalten ist, teilt Marcian mit (in l. 2 D. de leg. 1, 3), während Papinian eine fast wörtliche Übersetzung giebt, die allerdings so, wie sie in l. 1 D. eod.[17]) vorliegt, nur Einzelnes aus der Darlegung des Redners herausnimmt. Unter den Gründen, die der

---

[16]) In der Rede wider Aristogeiton § 16 p. 774 (in den Ausgaben des Demosthenes, dessen Urheberschaft aber bestritten ist).

[17]) Es will mir nicht einleuchten, weshalb das fr. 1 cit. ein Machwerk der Compilatoren sein soll; s. Seitz a. a. O. S. 118 N. 1, Pernice Form. Gesetze S. 4 N. 7. Die Definition rührt ja nicht von Papinian her, sondern ist von ihm nur ins Lateinische übertragen. Wollten die Byzantiner den gefeierten röm. Juristen zum Nachtreter des Demosthenes und der Stoiker machen, so musste Papinians Name dem fr. 2 vorgesetzt werden. Das hätte weit grösseren Eindruck gemacht. Seitz l. c. bedenkt nicht, dass fr. 1 verschiedene Bedeutungen des „Gesetzes", zuerst das „Gesetz" = *lex naturae* vorführt. Am Schlusse ist die *lex* der Juristen als ***communis r. p. sponsio*** bezeichnet. Diese Äusserung wäre allerdings aufallend im Munde eines Römers, wenn wir nicht wüssten, dass er einer fremden Vorlage folgt. Auf die Vereinbarung (*sponsio, conuentio*), als Quelle des Rechts weist übrigens noch Hermog. Dig. 1, 3, 35 hin; vgl. auch Jul. Dig. 1, 3, 32, 1.

Grieche für die Verbindlichkeit des νόμος anführt, kommt hier blos der zuletzt erwähnte in Betracht. Der νόμος, sagt er, sei auch πόλεως συνθήκη κοινή (Papinian: *communis rei publicae sponsio)* und deshalb verpflichtend für die Bürger:

καθ' ἣν ἅπασι προσήκει ζῆν τοῖς ἐν τῇ πόλει.

Die letzten Worte — in l. 1 cit. fehlen sie — zeigen nicht etwa die „Bewohner der Stadt" an, sondern die zur Gemeinschaft der Bürger Gehörigen; πόλις bedeutet eben genau Dasselbe wie *ciuitas*[18]).

Nach allem dem erscheint es wohl gerechtfertigt, den Leges der sicilischen Gemeinden, wie vielen anderen auf dem griechischen und italischen Festlande, schon in der vorrömischen Epoche Geltung lediglich *inter ciues eiusdem ciuitatis* einzuräumen. Für die Zeit, wo Verres auf der Insel gebot, ist ausser den oben S. 127 herangezogenen Stellen noch eine wichtige Äusserung seines Anklägers in der a. prima c. 4 § 13 zu berücksichtigen:

Hoc praetore Siculi neque suas leges neque nostra senatus consulta[19]) *neque communia iura tenuerunt.*

Cicero hält hier *leges* und *communia iura Siculorum*[20])

---

[18]) Vgl. etwa Stephanus Thesaurus s. v. πόλις (t. VI), auch oben S. 120 N. 4.

[19]) Diese, bez. die *ex senatus consulto* erlassenen Decrete („*leges*" *datae*) regelten nicht blos internationale Verhältnisse auf der Insel, sondern sie ergänzten oder änderten auch das *ius proprium*, die *leges* einzelner Gemeinden (Beispiel: in Verr. II c. 49 § 122; vgl. c. 50 § 123, 125). Vielleicht hat diese Erwägung Cicero bestimmt, die röm. S.C. einzuschieben zwischen die *leges* und die *communia iura.*

[20]) Cicero spricht von den Rechten der Siculer und er denkt wohl auch l. c. nur an diese (anders im folg. c. 5). Daher kann ich Jörs a. a. O. I S. 137 N. 3, S. 138 N. 4 nicht zustimmen, dem die

auseinander; augenscheinlich aus d e m Grund, weil die ersteren kein Recht schufen für die Beziehungen der Bürger v e r s c h i e d e n e r Gemeinden zu einander, sondern nur Recht i n n e r h a l b der einzelnen Bürgerschaft oder, mit den Worten des Gronovianischen Scholiasten [21]): *ius c i u i l e*, *ius p r o p r i u m c i u i t a t i s.* Mithin waren die Fremdenrechte auch in den Städten Siciliens, vermutlich schon von Alters, nicht aus Gesetzen der einzelnen Gemeinden abzuleiten, sondern in anderer Weise festgestellt. Weiter zu forschen, wie die internationale Rechtspflege vor der Unterwerfung der Insel geordnet war, dazu liegt ein Anlass nicht vor. Genau bekannt ist nur der durch das Rupilische Decret, lange nach der Provincialisirung, herbeigeführte Zustand. Wie anderswo so haben die Römer wohl auch in ihrem ältesten Unterthanenland den Verkehr zwischen den Provincialgemeinden möglichst beschränkt, die Städtebünde wenn nicht aufgelöst, doch ihrer wesentlichsten Bedeutung beraubt [22]). Damit im engsten Zusammenhang steht offenbar die Unterdrückung der einheimischen Fremdengerichte und die Übernahme dieses Zweiges der Jurisdiction durch die Statthalter. Das Rupilische Statut entzieht den Ortsbehörden nicht allein die Processe, wo ein Römer als Partei auftritt, sondern auch diejenigen,

---

communia iura die Normen sind, welche „sich im Verkehr der Provincialen mit den R ö m e r n festgesetzt hatten“. Natürlich leugne ich nicht, dass es solche gab.

[21]) Bei Orelli p. 391 und in der Note z. Z. 11. Die Stelle ist zerrüttet und auch sonst nur mit Vorsicht zu gebrauchen (s. Jörs a. a. O. I S. 138 N. 4). Die Beziehung der oben mitgeteilten Worte auf Ciceros *suas leges* halte ich für gesichert.

[22]) Vgl. Huschke Servius Tullius S. 571 N. 90, Mommsen St.R. III[1] S. 666, 667, 742—744 und Siciliens wegen Röm. Geschichte Bd. I S. 543, 544 (6. A.).

wo zwei Siculer *non eiusdem ciuitatis* sich befehden. Beiderlei Processe sind im Gegensatz zu den legitimen, die unter Genossen nach dem heimischen Gesetz begründet werden, als *iudicia imperio continentia* zu bezeichnen[23]). Cicero in Verr. II c. 13 § 32 gebraucht zwar den Ausdruck *imperium* nicht, trotzdem ist seine Auffassung jener Judicia zuverlässig die eben erwähnte. Die entscheidenden Worte sind nochmals vorzuführen:

quod ciuis cum ciue agat, domi certet suis legibus, quod Siculus cum Siculo non eiusdem ciuitatis, ut de eo praetor iudices ex P. Rupili decreto . . sortiatur.

Der Praetor also, der *ex decreto* eines seiner Vorgänger handelt, wird den *leges* der sicilischen Gemeinden entgegen gesetzt, ähnlich wie die klassischen Juristen[24]) häufig der römischen Lex und dem Jus civile gegenüber statt des Jus praetorium dessen Urheber, statt der Gewalt, auf der das Amtsrecht ruht, deren Inhaber oder, anders ausgedrückt, statt des Imperiums den Praetor nennen. Freilich war Cicero schon dadurch veranlasst, des Statthalters bei den Processen der zweiten Art zu gedenken, weil diese,

---

[23]) Dass sie so heissen müssen im Gegensatz zu den stadtrömischen *ex lege Aebutia*, versteht sich von selbst: Gai. IV. 105. Die Judicia der sicil. Magistrate sind überhaupt nicht römisch.

[24]) So Pomp. Dig. 50, 17, 27 (*actionum modus uel lege uel per praetorem introductus*), Gai. II. 118, 119, (*iure ciuili — praetor tamen*), II. 135, 170, III. 26 (*omnes qui legitimo iure deficiuntur, uocat ad hereditatem*, nämlich *praetor*, s. III. 25), III. 32, Gai. Dig. 33, 2, 29, Ulp. XXII. 23, Marcian Dig. 28, 7, 14 (*condiciones . . contra leges . . aut huiusmodi quas praetores improbauerunt*), § 9 u. 11 I. de her. (3, 1); vgl. auch Gai. IV. 118, Paul. Dig. 2, 13, 9, pr., Modest. Dig. 44, 7, 52 § 5 u. 6. Nicht hieher zu ziehen ist m. E. die *adoptio populi auctoritate* (*per populum*) und *adoptio imperio praetoris* (meist: *per praetorem*).

anders als die Streitigkeiten unter Gemeindegenossen, nicht von den sicilischen Stadtbehörden geregelt wurden. Indessen ist doch gerade dieser Unterschied in der vorliegenden Skizze des Rupilischen Statuts gar nicht betont. Statt die Gerichtsbarkeit der städtischen Beamten im Verfahren *inter ciues* zu erwähnen, hebt Cicero vielmehr das *agere* der Bürger *suis legibus* hervor. Nach diesem Anfang aber fordert die Logik im nächsten Satz, wo das Internationalverfahren (unter Sikelioten) an die Reihe kommt, unbedingt die Bezeichnung der Rechtsquelle, die den Fremdenprocess ordnet. Als solche nun nennt unser Redner nicht etwa Vorschriften gewisser Art, sondern eine mit Verordnungsgewalt begabte Person, den römischen Statthalter. Wenn er diesen wiederum *ex Rupili decreto* handeln lässt, — bei der *sortitio iudicum*, die allein[25]) erwähnt ist, — so wird dadurch der charakteristische Zug, der in seiner Schilderung hervortritt, nicht ausgetilgt. Wie in Rom die aussergesetzlichen Acte der Magistrate ihre höchst persönliche Natur keineswegs verloren, wenn sie *ex edicto* erfolgten, so war auch in Sicilien die Ordnung des Fremdenprocesses um deswillen nicht weniger Ausfluss des jeweiligen Imperiums, weil sie sich in manchen Punkten den Weisungen des Rupilischen Statuts anschloss. Genau genommen ist ja dieses Regulativ nichts Anderes als ein von der römischen Ratsversammlung den Statthaltern Siciliens empfohlenes Edictum tralati-

---

[25]) Cicero bereitet l. c., wie das Folgende (§ 33, 34) zeigt, die Anklage vor, dass Verres Gerichte nach Willkür gebildet habe. Dieser Punkt war von Rupilius geregelt, schwerlich aber der ganze Process.

cium[26]), und keinenfalls war es diesen gegenüber mit der Rechtskraft des Comitialgesetzes ausgestattet[27]).

Den Bericht Ciceros über das Gerichtswesen Siciliens habe ich ausführlicher erörtert, weil er geeignet scheint, in zweifacher Richtung unsere Einsicht zu vertiefen. Wie er beiträgt zur Befestigung der hier verteidigten Lehre von der Lex im Allgemeinen, so giebt er insbesondere Aufschluss über den Dualismus des Processrechts, über dessen Ursprung und Bedeutung. Dürfen wir nach dem oben Ausgeführten das 13. Capitel im 2. Buch der Verrinen mit Gai. IV. 103—105 zusammenstellen, so verliert die vom Letzteren bezeugte Unterscheidung des Judicium *legitimum* und *imperio continens* sofort den Anschein einer römischen Besonderheit und damit den unerwünschten Reiz des Geheimnissvollen. Wenn in Rom die Lex nur Bürgerrecht erzeugte, andererseits dem Latiner Gerichtsgemeinschaft von jeher zukam und bald auch stammfremden Peregrinen gewährt wurde[28]), so konnte die Spaltung des

---

[26]) Anscheinend urteilt Mommsen jetzt etwas anders; s. oben S. 128 N. 4. Aus Äusserungen wie der: in Verr. III c. 7 § 17 darf man nicht leichthin Schlüsse ziehen. Es war gewiss nicht unerlaubt, vielleicht auch nicht so ungewöhnlich, dass Verres in das Recht der Unterthanen durch Edicte und Decrete eingriff (s. auch Karlowa R. R.G. Bd. I S. 329), sondern nur wie er es that (so in beiden Fällen bei Cic. in Verr. II c. 13 § 33). Frevelhaft waren zumeist seine Beweggründe, und darauf legt denn auch sein Ankläger das grösste Gewicht. Vgl. übrigens Mommsens Bemerkung Stadtrechte S. 393 N. 12 in f., die freilich Voigt Jus nat. Bd. II S. 396 N. 453 als „total unwahr" verwirft.

[27]) S. Gai. I. 4, Wlassak Krit. Studien S. 102, dazu S. 15.

[28]) Notwendig scheint es, hier vorläufig Widerspruch zu erheben gegen Eisele Abhandlungen S. 69—74, 100 (s. auch Sohm Instit. S. 160 — 4. A.), der „vor den Anfängen des Jus gentium", „bis gegen Ende des 5. Jh. d. St.", die Peregrinen cum commercio — Latiner

Processrechts gar nicht ausbleiben, und sie musste in ähnlicher Weise überall eintreten, wo die gleichen Voraussetzungen gegeben waren.

In Sicilien entsprachen zur Zeit der Unabhängigkeit die gesetzlichen Judicia durchaus den römischen; die Übereinstimmung erstreckte sich selbst auf Nebensächliches[29]). Ihnen gegenüber standen die durch *communia iura Siculorum* geregelten Fremdenprocesse der einzelnen

---

und Stammfremde — in Rom ihre Ansprüche im Legisactionenprocess verfolgen lässt. Eisele versucht es gar nicht, — was auch vergeblich wäre — diese völlig neue Aufstellung wahrscheinlich zu machen; er beruft sich auf M. Voigt. Allein dieser Gelehrte ist zwar sein Vorgänger in der Annahme von Peregrinen cum commercio vor dem 6. Jh., dagegen erklärt er im Jus nat. Bd. IV. 2 S. 163 ausdrücklich: „die civile Klage im civilprocessualischen Sinne (!) ward durch *recuperatio* auf den Peregrinen nicht übertragen, daher derselbe weder *sacramento* oder *per iudicis postulationem*, noch *per manus iniectionem* processierte, da vielmehr an Stelle dieser Processformen andere Modalitäten der Rechtsverfolgung traten" (näml. Voigts ältester Recuperationsprocess: J. nat. Bd. II § 28, 29); s. auch J. nat. Bd. IV. 2 S. 165, Bd. II S. 80 N. 70a (etwas anders S. 507) und neuerdings Die XII Tafeln Bd. I S. 637, 638, endlich wegen der Latiner der Kaiserzeit J. nat. Bd. II S. 732, 744 („wahrscheinlich", und dies nur auf Grund unrichtiger Auslegung von Gai. IV. 31; s. P.G. Bd. I S. 202 bis 205). Auf die Unmöglichkeit, stammfremden Leuten in Rom einen Process mit lateinischen Spruchformeln zuzumuten, hat A. Schmidt Ztschr. f. R.G.R.A. Bd. XXII S. 138 treffend hingewiesen. Auch im zweiten karthagischen Handelsvertrag (Polyb. III. 24 § 12, 13) ist nichts dergleichen ausgemacht; vgl. Karlowa R.R.G. Bd. I S. 287. Den Latinern aber will Schmidt (S. 142, 143) im Processe mit Römern die Legisactio allerdings einräumen, als „die dem Rechte beider entsprechende Form". Diese Behauptung ist sicher irrig und selbst dann unhaltbar, wenn völlige Identität der einzelnen latinischen Rechte und des römischen Rechts anzunehmen wäre; s. unten § 37 N. 8. Näheres anderorts.

[29]) Vgl. Cic. in Verr. II c. 13 § 33: . . . *si legibus erat iudicium constitutum et ad ciuem suum iudicem uenerant* . . mit Gai. IV. 104: *inter omnes ciues Romanos* (oben S. 86, 87) *sub uno iudice* . .

Städte. Ob diese das Gepräge von *iudicia imperio continentia* hatten ähnlich den römischen, das mag unentschieden bleiben. Ohne Zweifel stammten die meisten, wenn nicht alle, in letzter Linie aus internationalen Vereinbarungen her, und jedenfalls waren sie gesondert von den gesetzlichen. Nach der Provincialisirung der Insel gelangt die Fremdengerichtsbarkeit in die Hände der neuen Herren. Das Verfahren ist jetzt ein römisches, teilweise von Rupilius geordnet, und beruht ganz und gar auf der Autorität des Statthalters, gleichviel ob thatsächlich noch die mit dem römischen Statut verträglichen *communia iura Siculorum* zur Richtschnur dienten oder praetorische Willkür den Rechtsgang bestimmte[30]). Demnach ist allerdings in éinem Punkt ein wesentlicher Unterschied anzuerkennen zwischen dem Gerichtswesen der souveränen, führenden Gemeinde und der unterthänigen Städte. Während in Rom einheimisches Volks- und Amtsrecht den Bürger- wie den Fremdenprocess beherrscht, sind in Sicilien einheimische Normen nur für das Verfahren *inter ciues eiusdem ciuitatis* massgebend; für jedes andere aber gilt das Imperium des Statthalters als Rechtsquelle. Ferner ist schon oben bemerkt, dass sich die Provincialen blos im precären Besitz ihrer Leges befanden. Die Rupilische Ordnung konnte natürlich römischerseits zu jeder Zeit beseitigt werden. Allein die Möglichkeit eines Widerrufs ändert doch Nichts an der Thatsache, dass die Sikelioten wahre *iudicia legitima* hatten, so lang es ihnen vergönnt war nach eigenen Gesetzen zu leben. Noch weniger dürfte man Bedenken gegen diese Auffassung aus den Eingriffen

---

[30]) Vgl. auch Degenkolb Lex Hieronica S. 6—8.

herleiten, die sich der Statthalter im einzelnen Fall erlauben mochte. Wenn Verres — vermutlich auf den Anruf einer Partei[31]) — dem städtischen Beamten die Processleitung abnahm, das Gesetz zur Seite schob und das Verfahren seinem Imperium unterwarf, so war das eine Handhabung der Justiz, die sich immerhin leichter in der Provinz durchsetzen liess als in Rom; allein Ähnliches konnte auch in der Hauptstadt vorkommen. Man denke nur an folgenden Fall. Im Bürgerprocess *intra primum urbis miliarium* begehrt der Kläger die Bestellung von Recuperatoren, der Beklagte dagegen wünscht die Verweisung vor einen Judex. Erteilte dann der Praetor seinen Bescheid zu Gunsten des Ersteren, so war das Verfahren der Einwirkung der Lex entzogen und dem Imperium unterstellt. In Rom durfte der Beklagte noch die Appellation gegen das Decret des Magistrats versuchen; in der Provinz stand dieses Rechtsmittel regelmässig nicht zu Gebote[32]). Somit war die Herrschaft des legitimen Processrechts in der Hauptstadt zwar besser geschützt als in Sicilien, möglich aber waren Eingriffe der Beamten *domi* wie *militiae*, und nur unter besonderen Umständen mochten sie als Acte der Willkür empfunden werden.

§ 28. Die Lex und das römische Jus gentium. — Zeugnisse über das Geltungsgebiet einzelner Leges.

Die auf S. 119 begonnene Aufzählung von Quellenäusserungen über die beschränkte Tragweite der römischen

---

[31]) Dass Cicero in Verr. II c. 13 § 33 diesen Umstand gern verschwieg, begreift man leicht.

[32]) S. Bd. I S. 117, dazu Joh. Merkel Abhandlungen II S. 8—10.

Lex ist noch weiter fortzusetzen. Dagegen halte ich es für unnötig, auch im Folgenden überall genaue Erläuterungen beizufügen. Mit Hülfe der Verweisungen in den Noten wird man leicht erkennen, wie die Verwertung der mitgeteilten Stellen zum Zweck der Beweisführung gedacht ist. Einzelne von ihnen verkünden übrigens den Grundsatz ganz unverhüllt, dessen Anerkennung erzielt werden soll. So Varro de l. l. VI c. 7 § 65:

. . Leges quae lectae et ad populum latae quas obseruet.

Cicero p. Cluent. c. 57 § 156, 157:

Agit enim sic causam T. Accius . . . omnes ciues legibus teneri omnibus; . . . . Uideo, quanta et quam periculosa et quam infinita quaestio temptetur ab accusatoribus, cum eam legem, quae in nostrum ordinem scripta sit, in populum Romanum transferre conentur[1]).

Gell. X. 20 § 2—4:

Ateius Capito . . . Lex, inquit, est generale iussum populi aut plebis, rogante magistratu. Ea definitio si probe facta est, neque de imperio Cn. Pompei neque de reditu M. Ciceronis neque de caede P. Clodi quaestio neque alia id genus populi plebisue iussa „leges" uocari possunt. Non sunt enim generalia iussa neque de universis ciuibus[2]), *sed de singulis concepta; . . .*

Waren nur Bürger an das Legalrecht gebunden, so lag die Folgerung sehr nahe, den Austritt aus der Gemeinde

---

[1]) Vgl. etwa Sanio Observat. ad leg. Corneliam p. XIX—XXII.

[2]) Anders Festus zu Aelius Gallus s. v. *rogatio* p. 266: . . . . *quod in omnis homines resue populus sciuit, lex appellatur.* Ohne diese Ungenauigkeit zu beachten urteilt Mommsen St.R. III[1] S. 304 N. 2 über den Zusatz des Grammatikers, er „habe keinen Sinn und Verstand". Zur Definition Capitos vgl. Mommsen l. c. S. 312 N. 1.

als ein Mittel zu betrachten, um die drohende Anwendung der Leges abzuwehren. Nun wäre es freilich mehr als seltsam gewesen, wenn der verlassene Staat sich sofort jeder Gewalt über den bisherigen Genossen entäussert hätte. Dennoch ist jener Gedanke in Rom keineswegs graue Theorie geblieben; vielmehr hat er sicher im Volksbewusstsein gelebt und die Ausbildung der merkwürdigen römischen Exilsordnung wesentlich beeinflusst[3]). In dieser Hinsicht lässt denn auch die Darlegung Ciceros pro Caec. c. 34 § 100 keinen Zweifel aufkommen:

Exilium . . non supplicium est, sed perfugium portusque supplicii. Nam qui uolunt poenam aliquam subterfugere aut calamitatem, eo solum uertunt, . . . cum homines uincula neces ignominiasque uitant, quae sunt legibus constitutae, confugiunt quasi ad aram in exilium. Qui si in ciuitate legis uim subire uellent, non prius ciuitatem quam uitam amitterent; quia nolunt, non adimitur iis ciuitas, sed ab iis relinquitur atque deponitur[4]).

Demnächst sind mehrere Zeugnisse anzuführen, die darin übereinkommen, dass sie die Leges zum Jus gentium in Gegensatz stellen. Wenn aber die Lex kein Frem-

---

[3]) S. Huschke Multa S. 236, 237, dagegen mit Unrecht M. Cohn Beiträge Bd. I S. 79, 80. „Der Fall des Camillus" (Liv. V c. 32 in f., Plut. Cam. c. 13), der übrigens genauer zu bestimmen wäre, ist, wie ich glaube, oben im Text genügend berücksichtigt. Zu Cic. p. Caec. c. 34 § 100 vgl. Zumpt Criminalprocess S. 455, 456 und besonders Mommsen St.R. III[1] S. 48—52. Die Schlussworte des § 100: *hoc est in aliam ciuitatem* sind vielleicht als Glossem zu tilgen.

[4]) Vgl. noch L. Acil. rep. Z. 29 (Bruns p. 62) und dazu Mommsen St.R. III[1] S. 51 N. 5.

denrecht, kein „gemeinsames“ [5]) Recht erzeugt, so ist das, in andere Worte gekleidet, unsere alte These: aus dem Volksgesetz geht nur Bürgerrecht hervor. Besonders bestätigt ist diese Schlussfolgerung bei Cic. de off. III c. 5 § 23, wo die besten Handschriften folgenden, allerdings bestrittenen, Text bieten:

Neque uero hoc solum natura, id est [6]) *iure gentium, sed etiam legibus populorum, quibus in singulis ciuitatibus res publica continetur, eodem modo constitutum est, ut non liceat sui commodi causa nocere alteri; hoc enim spectant leges, hoc uolunt, incolumem esse ciuium coniunctionem* [7]); . . . .

Cicero orat. part. c. 37 § 130 zerlegt alles positive Recht (*lex* im w. S.) in geschriebenes und ungeschriebenes:

. . . *et ea, quae scripta sunt, et ea, quae sine litteris aut gentium iure aut maiorum more retinentur. Scriptorum autem priuatum aliud est, publicum aliud: publicum lex, senatus consultum, foedus, priuatum . . . Quae autem scripta non sunt, ea aut consuetudine aut conuentis hominum et quasi consensu obtinentur.*

Während die *lex* im e. S. unter den Quellen erscheint, *quae scripta sunt*, ist das *ius gentium* ungeschriebenes (*sine*

---

5) S. Gai. I. 1, Dig. 1, 1, 9, Ulp. D. 1, 1, 6, pr., auch Cic. a. pr. in Verr. c. 4 § 13 (oben S. 134, 135 und N. 20).

6) Soll Cicero l. c. *natura* und *ius gentium* für das Nämliche erklärt haben, während er sonst unterscheidet? Wie Voigt Jus nat. Bd. I S. 65 N. 33 nach Beier berichtet, ist handschriftlich auch *et* überliefert statt *id est;* vgl. Krüger Rechtsquellen S. 41 N. 15, andererseits Pernice in Holtzendorffs Encyclopädie S. 122 (5. A.). Manche wollen die Worte *id est iure gentium* streichen.

7) Vgl. auch Cic. de off. III c. 15 § 61 mit den Belegen bei Krüger a. a. O. S. 42 N. 22. Nach *sine lege* ist zu ergänzen *erat uindicatus.* Trotzdem darf die Stelle hier genannt werden.

litteris) Recht, mithin nicht aus Volksgesetzen abzuleiten. Im letzten Satz ist noch besonders bemerkt, wo der Ursprung des Fremdenrechts zu suchen sei: in der *conuentio hominum*, in einer Art *consensus*, m. a. W. im Internationalverkehr[8]).

Bei Gaius begegnen im 1. Buch der Institutionen § 78, 80, 83, 85[9]), 86 wiederholt Äusserungen, welche die Auffassung erkennen lassen, die der Jurist von dem Verhältniss der Lex zum Jus gentium hatte. Statt aller mag éine (I. 83) hier stehen:

Animaduertere tamen debemus, ne iuris gentium regulam uel lex aliqua uel quod legis uicem optinet, aliquo casu commutauerit.

Noch deutlicher tritt der Gegensatz der Rechtsquellen hervor bei Gell. VI. (VII.) 3, 45:

Ac primum ea non incallide conquisiuit, quae non iure naturae aut iure gentium fieri prohibentur, sed iure legum rei alicuius medendae aut temporis causa iussarum; sicut est de numero pecoris et de modo agri praefinito[10]).

Ebenso bei Ulp. in l. 5 D. de pact. (2, 14):

Conuentionum autem tres sunt species. aut enim ex publica causa fiunt aut ex priuata: priuata aut legitima[11]) *aut iuris gentium . . . .*

---

[8]) Auf die Bedeutung der benutzten Cicerostellen hat schon Voigt Jus nat. Bd. II S. 625, 631 aufmerksam gemacht; neuerdings Karlowa R. R. G. Bd. I S. 451, 452. Richtig auch Cogliolo bei Padelletti l. c. p. 112 n. x und in seiner Storia del diritto priv. rom. I p. 191. S. oben S. 89, 90 N. 8.

[9]) Krüger-Studemund: *num de lege Romana egerit Gaius (conf. § 86), non liquet.* Ein m. E. unbegründeter Zweifel.

[10]) Vgl. Gell. VI. (VII.) 3 § 37, 40, XX. 1 § 23.

[11]) Dazu Paul l. 6 D. eod. (2, 14) oben S. 24 N. 25.

und in Justinians Inst. 2, 5, 6:

exposuimus summatim, quibus modis iure gentium res adquiruntur: modo uideamus, quibus modis legitimo et ciuili iure (= Bürgerrecht) *adquiruntur.*

Aus demselben Rechtsbuch ist noch der oft erörterte Paragraph über die Tradition des Verkäufers zu erwähnen, der uns an diesem Ort den Übergang vermitteln soll zu einer neuen, die Beweisführung abschliessenden Gruppe von Belegen. Er lautet:

. . . *uenditae uero et traditae* (scil. *res*) *non aliter emptori adquiruntur, quam si is uenditori pretium soluerit uel . . . quod cauetur quidem etiam lege duodecim tabularum: tamen recte dicitur et iure gentium, id est iure naturali, id effici.*

Hier ist dem Fremdenrecht nicht mehr die römische Lex überhaupt gegenübergestellt, sondern blos éine von den vielen Normen der Zwölftafeln. Solche Quellenaussprüche, die sich auf einzelne Leges beziehen und deren Geltung auf die Bürger beschränken, sind in Menge erhalten. Bald legen sie geradezu Zeugniss ab für unsere Behauptung, bald gelangen wir zum selben Ziel durch sichere Schlüsse. Um sofort an die Zwölftafeln[12]) anzuknüpfen, so ist zunächst Boëthius in Cic. top. c. 5 § 28 (Or. p. 321 Z. 39—41) zu nennen, der a. a. O. augenscheinlich einem guten Gewährsmann folgt[13]):

. . . *iure ciuili fieri aliquid non inter alios nisi inter ciues Romanos potest, quorum est etiam ius ciuile*[14]), *quod duodecim tabulis continetur.*

---

[12]) Wider Schulin s. oben S. 90 und N. 9.

[13]) Vgl. Dirksen Hinterl. Schriften Bd. I S. 170—172.

[14]) Boëthius denkt an den Inhalt der Zwölftafeln (s. Orelli p.

Damit stimmt die Erzählung des Pomponius in l. 2 § 4—6 D. de O. J. überein:

die Codification sei unternommen, *ut*[15]) *ciuitas legibus fundaretur;* das später in der Praxis entwickelte und in die Tafeln hineingetragene Recht habe das *commune nomen ius ciuile* erhalten; *tria iura* seien entstanden: *leges*[15]) *XII tabularum, ex his fluere coepit ius ciuile, ex isdem legis actiones compositae sunt.*

Ausserdem ist die Bestimmung gewisser Decemviralnormen, das Recht der Bürger und nur dieses zu ordnen, zu ersehen aus gelegentlichen Bemerkungen: so aus Gell. XX. 1 § 20, 22, Ulp. XXIX. 1, Gai. II. 110, IV. 37. Bei der letzten Stelle, die häufig missverstanden wird, müssen wir verweilen; sie ist eine der wichtigsten. Gaius sagt:

Item ciuitas Romana peregrino fingitur, si eo nomine agat aut cum eo agatur, quo nomine nostris legibus actio constituta est, si modo iustum sit eam actionem etiam ad peregrinum extendi: ueluti si furti agat peregrinus aut cum eo ⟨agatur. nam si cum peregrino⟩ agatur, formula ita concipitur IUDEX ESTO. SI PARET ⟨L. TITIO A DIONE HERMAEI FILIO FURTUM FACTUM ESSE aut SI PARET L. TITIO OPE⟩ CONSILIOUE DIONIS HERMAEI FILII FURTUM FACTUM ESSE PATERAE AUREAE, QUAM OB REM EUM, SI CIUIS ROMANUS ESSET, PRO FURE DAMNUM DECIDERE OPORTERET et reliqua. item si peregrinus furti agat, ciuitas ei Romana fingitur. similiter si ex

322 Z. 13), nicht — und jedenfalls nicht allein — an das Gewohnheitsrecht, welches die Prudentes auf die XII tab. zu stützen suchten.

[15]) So Huschke Ztschr. f. R.G.R.A. Bd. XXII S. 334, 335. Die Flor. hat *et* und *lege*.

lege Aquilia peregrinus damni iniuriae agat aut cum eo agatur, ficta ciuitate Romana iudicium datur.

Der Jurist führt zwei gesetzliche Klagen an, deren sich ein Nichtbürger weder als Kläger bedienen kann, noch ein Römer gegen einen Peregrinen als Beklagten: die Actio furti nec manifesti ex lege XII tabularum und die Actio legis Aquiliae. Indess will er keine Besonderheit dieser beiden Rechtsmittel hervorheben; vielmehr stellt er so klar wie möglich den allgemeinen Grundsatz an die Spitze: Actionen ex „nostris legibus", d. h. aus römischen Volksgesetzen sind überhaupt unbrauchbar, wo als Klägerin oder Beklagte eine peregrinische Partei auftritt [16]). Wenn Gaius trotzdem hier sowohl wie im § 109 (IV) vom Nichtbürger die Wendung gebraucht, er „agire ex lege Aquilia" [17]), so ist das offenbar eine Ungenauigkeit im Ausdruck. Gerade deshalb war ja ein Zusatz in der Formel nötig, weil der Fremde, auf den sich das römische Gesetz nicht bezog, auch nicht geradezu ex lege klagen konnte [18]).

---

[16]) Dies scheint Krüger Quellen S. 43 N. 28 zu übersehen. Andererseits geht er wieder zu weit, wenn er die Civitaetsfiction bei der „actio furti" für notwendig erachtet. Erforderlich war sie nur in den legitimen Furtumsformeln, nicht in den praetorischen mit Intentio in factum. Auch sonst ist die cit. N. 28 zum Mindesten unglücklich gefasst.

[17]) Vgl. oben S. 26 N. 29.

[18]) Mommsen St.R. III¹ S. 606 N. 1 versteht Gai. IV. 37 im Ganzen richtig; allein auch er legt kein Gewicht auf die Worte ***nostris legibus*** und behauptet daher zu allgemein, „dass die Privatdelictsklagen an sich nicht von einem oder gegen einen Peregrinen angestellt werden konnten." Es muss heissen: die gesetzlichen Privatdelictsklagen . . . vgl. oben N. 16. Durchaus verfehlt ist die Darlegung von Voigt Jus naturale Bd. II S. 127—129. Die Actio emti und andere Klagen entbehren der Civitaetsfiction, weil sie ihren Ursprung nicht in röm. Gesetzen haben; s. Ulp. Dig. 2, 14, 5 und 7, pr., § 1 Wlassak Neg. gestio S. 165 N. 18.

Wollte man in Rom oder in der Provinz[19]) die Peregrinen im Delictsrecht nach denselben Normen behandeln, die für Bürger galten, so mussten die römischen Beamten kraft ihres Imperiums Fremdenrecht schaffen, sie mussten Klagformeln proponiren, die entweder in factum concipirt waren oder mittels Fiction die Wirksamkeit des Gesetzes erweiterten. Die Anwendung der gesetzlichen Vorschrift beruhte dann nicht auf den Zwölftafeln oder auf der Lex Aquilia selbst, sondern auf dem Willen des Magistrats. Jene Formeln mit Fiction waren also honorarisch, u. z. Bestandteile des durch obrigkeitliche Satzung[20]) festgestellten Fremdenrechts.

Das von den Zwölftafeln[21]) mehrfach bestätigte Recht der Provocation ist der Überlieferung nach durch einen Volksschluss begründet, der noch im Geburtsjahr der Republik zu Stande kam. Wie diese erste Lex Valeria de provocatione, der im Jahre 454 eine zweite[22]) (von M. Valerius Corvus) nachfolgte, so gewähren auch die Porcischen Ge-

[19]) Dies bemerke ich gegen Dernburg Die Institutionen des Gaius S. 91, 92, der die Fiction des Bürgerrechts aus „alter Zeit" herleitet und sie auf die Stadt Rom beschränken will. In Wahrheit ist die Unbrauchbarkeit der Actiones legitimae für und gegen Nichtbürger weder der alten Zeit noch der Hauptstadt eigentümlich. Formeln (*iudicia*) mit der Einschaltung *si ciuis Romanus esset* bezeugt für Sicilien Cic. in Verr. II c. 12 § 31: *Iudicia eius modi: qui ciues Romani erant, si Siculi essent, tum si eorum legibus dari oporteret;* [so muss mit Klotz u. A. gelesen werden; der Müllersche Text ist sinnlos — vgl. auch Huschke Gaius. Beiträge S. 225, 228] *qui Siculi, si ciues Romani essent.*

[20]) Vgl. dazu oben S. 89, 90 N. 8.

[21]) Cic. de re p. II c. 31 § 54.

[22]) Liv. X c. 9 z. J. 454 d. St. sagt: *Tertio ea tum . . lata est, semper a familia eadem;* allein die zweite (v. J. 305 — Liv. III. c. 55) ist in der That kein Provocationsgesetz; s. Mommsen St.R. I S. 156 N. 3, II[1] S. 703 N. 1, III[1] S. 352 N. 2.

setze und die Lex Sempronia von 631 nur den römischen Bürgern in gewissen Grenzen Schutz gegen die Strafgewalt der Magistrate. Unsere Quellen [23]) heben diesen Punkt wiederholt hervor, doch nicht so, als ob es ungewöhnlich, sondern eher, als ob es selbstverständlich wäre, was sie berichten.

Auf die Lex XII tabularum stützt sich auch das Recht der testamentarischen und der gesetzlichen Vormundschaft [24]). Beide Arten der Tutel sind trotz Gai. I. 189 Einrichtungen des *ius proprium Romanorum;* denn nur Bürgern steht römische Testamentsfähigkeit zu [25]), und agnatische Verwandtschaft ist nur zwischen Gemeindegenossen denkbar [26]). Wie aber verhält

---

[23]) In Betreff der L. Valeria v. 245: Cic. de re p. II. c. 31 § 53, Val. Max. IV c. 1 § 1, Dionys V c. 19 (Ῥωμαίων ist mit τινά zu verbinden, nicht mit ἄρχων), V c. 70, Pomp. Dig. 1, 2, 2, 16; der Leges Porciae (vgl. Cic. de re p. II c. 31 § 54 in f.): Cic. in Verr. V c. 63 § 163 (= Gell. X. 3, 13), p. Rabir. ad pop. c. 3 § 8, c. 4 § 12, Sallust. Cat. c. 51 § 21, 22, 39, 40, Liv. X c. 9, auch Plin. n. h. VII c. 43 (44) § 136; der L. Sempronia: Cic. in Cat. IV c. 5 § 10, p. Rabir. ad. pop. c. 4 § 12, in Verr. V c. 63 § 163. Vgl. auch Cic. in Cat. I c. 11 § 28, de leg. III c. 3 § 6. L. Acil. Z. 78 (85), Paul. V. 26, 1; Zumpt Criminalrecht Bd. I. 2. S. 357, 358, Mommsen St.R. I S. 149, 150, 156, 161 N. 4, II¹ S. 114, 117, III¹ S. 352—354, 634, 635.

[24]) Gai. I. 155, 157, Ulp. XI. 3, 14, Dig. 26, 4, 1, pr.

[25]) Cic. p. Archia c. 5 § 11, Cels. Dig. 28, 5, 59 (Mo. 60), 4, Gai. I. 25, II. 110, 218 in f., Paul. III. 4ª, 9, Dig. 48, 20, 7, 5, Ulp. XXII. 2, XXIII. 6, Dig. 28, 5, 6, 2 — 48, 22, 7, 3, Marcian Dig. 49, 14, 32. Ob alle *Latini coloniarii* testamentsfähig waren (Cic. p. Caec. c. 35 § 102), ist bestritten; s. neuestens Karlowa R.R.G. Bd. I S. 309 einerseits, Mommsen St.R. III¹ S. 624, 632 andererseits. Wegen der *Latini Iuniani*, deren eigentümliche Stellung Voigt J. nat. Bd. II S. 729, 730, 746—748, Mommsen a. a. O. S. 626, 627 darlegen, vgl. Gai. I. 23, II. 275, Ulp. XI. 16, XX. 8, 14, XXII. 3.

[26]) S. Gai. I. 131, 158, 163, Ulp. XI. 9, Dig. 26, 4, 2. Sin. 16 Z. 1—4 bezeugt nicht die Fortdauer der Tutel über den zum lati-

es sich mit der Dativtutel des Atilischen Gesetzes?[27]) Ulpian XI. 18 geht von der Besprechung der testamentarischen Vormundschaft unmittelbar zur Atilianischen über, und Gaius I. 185, 186 setzt die Berufung durch die Obrigkeit in enge Beziehung zur letztwilligen. Dass die éine Tutel für einen weiteren Personenkreis gelten soll als die andere, ist mit keinem Wort angedeutet. Dagegen führt schon der Praetor urbanus, an den sich das Gesetz wendet, zur Annahme, dass der Atilische Vormund blos für römische Mündel zu bestellen war; dass er selbst Römer sein musste, zeigt die Auffassung der Tutel als *munus ciuile*[28]). Zudem ist dies Letztere schlagend bestätigt durch eine Bemerkung Ulpians[29]), die wir aus den Sinai-Scholien (17 Z. 6 — Krüger) kennen:

Latinos οὐ δίδοται Atilianos ἐπί[τροπος][30]).

Demnach ist wohl Isidor[31]) (Orig. V c. 9 § 1) völlig im Recht, wenn er allgemein die *iura de tutelis* als solche bezeichnet, die *propria sunt Romanorum et in eosdem solos constituta*[32]).

---

nischen Colonus Gewordenen; vgl. auch Huschke Jurisprudentia p. 831 n. 1 (ed. V.).

[27]) Nach Liv. XXXIX c. 9 war es höchst wahrscheinlich schon im J. 566 vorhanden; s. Rudorff Vormundschaft Bd. I. 340, 341.

[28]) Vgl. Modest. Dig. 27, 1, 6, 15, Hermog. D. 50, 4, 1, pr., § 4, Charis. D. 50, 4, 18, pr., § 1, auch Papin. D. 50, 5, 8, 1.

[29]) Dass Ulpian der Verfasser ist, kann nicht zweifelhaft sein; vgl. P. Krüger Ztschr. f. R.G.R.A. Bd. XVII S. 29, 30, Lenel Paling. II p. 1158 n. 2.

[30]) Dazu Sin. 17 Z. 5: *nam Latinus e lege Atilia tutor dari non potest.*

[31]) Im Corp. grammat. lat. v. Lindemann III p. 153 (ed. Otto — Lipsiae 1833).

[32]) Auch die *lex Iulia et Titia* (Gai. I. 185, 195, 195$^{b, c}$, Ulp. XI. 18, pr. I. de Atil. t. 1, 20) für die Provinzen setzt m. E. römische Mündel voraus, obwohl nach Sin. 20 Z. 8 im Titischen Ge-

Den zahlreichen Wuchergesetzen unterlagen bis zum Jahr 561 ausschliesslich die Bürger. Nach Liv. XXXV c. 9 war es einer der vielen Schleichwege der römischen Geldgeber, *ut in socios, qui non tenerentur iis legibus (fenebribus), nomina transcriberent: ita libero fenore obruebant debitores.* Zunächst versucht der Senat dem Unwesen zu steuern; er beschliesst, *ut qui post eam diem* (d. i. nach dem letzten 21. Febr.) *socii ciuibus Romanis credidissent pecunias profiterentur*, und beauftragt den Praetor, *ut . . ex ca die pecuniae creditae, quibus debitor uellet legibus, ius creditori redderetur.* So weit entspricht das Vorgehen des Gemeinderats durchaus der römischen Übung. Der Gerichtsmagistrat wird aufgefordert kraft seines Imperiums das Fremdenrecht abzuändern; u. z. soll er den Klaganspruch des *socius* auf Verlangen und nach Wahl des Schuldners

---

setz die Atilischen Normen nicht einfach wiederholt waren. Sin. 20 Z. 6, 7 (Ztschr. f. R.G.R.A. Bd. XVII S. 27) ist so überliefert: — — — *δυναταιλαυνοεπιτροπευσιμοσειγ.* Krüger versucht (auch in der Collectio III p. 282) folgende Herstellung: [*ciuis Romanus*] *δύναται* Latino *ἐπιτροπεύσιμος εἶν*[*αι*] und übersetzt: *c. R. potest Latino tutor esse.* Allein die Ergänzung ist unsicher (s. P. F. Girard Textes du droit Romain p. 520 n. 1 — Paris 1890), ebenso die Lesung und endlich die Auffassung des *ἐπιτροπεύσιμος* (= *ἐπίτροπος*; s. dagegen Huschke Jurispr. p. 834 n. 4 — ed. V). Wer trotzdem Krüger folgt, darf nicht vergessen, dass in Salpensa (L. Salp. c. 29) die Vormünderernennung für alle Municipes (Latiner u. röm. Bürger) nicht dem Statthalter von Baetica zustand, sondern den städtischen Beamten. Wenn nun nach der L. Titia der Provincialregent einen Römer zum Vormund eines Latiners bestellen konnte, so müssen wir wohl an Personen Junianischen Standes denken (vgl. auch in Betreff der Lat. Iun. liberti Gai. I. 167, Ulp. XI. 19 u. unten S. 175), nicht an wahre Latiner (Municipes einer lat. Gemeinde). Hiernach wäre vielleicht das Titische Gesetz der Kaiserzeit zuzuweisen [das Alter ist ganz ungewiss; auch das Fragm. Diodors 37, 8, 4 (Dindorf) lässt keinen Schluss zu], und der Satz der Sin. 20 Z. 8: *ἕτερόν ἐστιν ἐπ*[*ὶ τ*]*οὺ* Atilia[nu *ἐπιτρόπου*] wäre sehr begreiflich; vgl. N. 27.

einer der heimischen[33]) *leges fenebres* unterwerfen. Indess erschien diese Massregel nicht ausreichend. Vermutlich hatte man die Absicht, die Umgehung der Wuchergesetze dauernd und endgültig zu hindern. So gelangt die Sache vor das Plebejerconcil.

M. Sempronius tr. pl. ex auctoritate patrum plebem rogauit plebesque sciuit, ut cum sociis ac nomine Latino creditae pecuniae ius idem quod cum ciuibus Romanis esset.

Dieses Sempronische Plebiscit ist in der That eine auffallende Erscheinung, insofern es eine Vorschrift giebt für die Handhabung der Fremdengerichtsbarkeit, wo sonst das Imperium allein herrscht. Ob das Gesetz auch internationale Verpflichtungen der römischen Gemeinde verletzte, das sei dahingestellt. Doch ist es gewiss verfehlt, allgemein von einer „Erstreckung des röm. Geldschuldrechts auf alle Italiker" zu sprechen[34]). Offenbar will das Plebiscit — wie die Worte *cum sociis*, *cum ciui-*

---

[33]) Livius sagt vorher: *multis fenebribus legibus constricta auaritia.* Mindestens zwei Gesetze werden neben einander Geltung gehabt haben. Der Schuldner mochte das vorteilhaftere auswählen. — Diese Deutung der Worte *quibus debitor uellet legibus* schwebt vielleicht Mommsen St.R. III[2] S. 1237 N. 1 vor. Gewöhnlich denkt man an die Wahl zwischen Lex Romana und L. peregrina; so Voigt J. nat. Bd. IV. 2 S. 179, 180, Lange Altertümer Bd. II S. 207 (2. A.).

[34]) So Mommsen Gesch. d. röm. Münzwesens S. 327; im St.R. III[1] S. 696: „Gleichstellung der Italiker mit den Römern im Geldschuldrecht". Nicht minder ungenau spricht Puchta Inst. Bd. II § 261 (S. 313 — 8. A.) von der Unterwerfung der „Nichtbürger unter die römischen Zinsgesetze", Lange a. a. O. Bd. II S. 207 von „einer Veränderung ihres (der Latiner) Privatrechts", Krüger Quellen S. 115 N. 5 von der „Übertragung der Bestimmungen über den Maximalzinsfuss auf die Bundesgenossen"; richtiger Voigt J. nat. Bd. IV. 2 S 180, v. Bar Internationales Privatrecht Bd. I S. 19 (2. A.).

bus zeigen — die Bundesgenossen nur in dem Fall nach römischem Recht behandelt wissen, wenn sie Römern im Processe gegenüberstehen.

Neben der L. Sempronia von 561 pflegt man[35]) die L. Didia von 611 als Beispiel für die Übergriffe der führenden Gemeinde in die Autonomie der italischen Bundesgenossen zu nennen; ob mit Recht, das ist zum Mindesten zweifelhaft. Die erwähnte Didia ist eine der vielen Leges der sinkenden Republik zur Bekämpfung des Luxus. Die gleichartigen älteren Gesetze waren ohne Zweifel nur gegen die Üppigkeit der Bürgerschaft gerichtet, der Männer wie der Frauen. Ausdrücklich gesagt ist das hinsichtlich der Lex Oppia (539) bei Liv. XXXIV c. 7; Dasselbe berichtet Gell. XX. 1, 23 von der L. Fannia (593). Nun beruft sich aber Mommsen auf Macrobius Sat. III. 17, 6:

Fanniam legem . . . lex Didia consecuta est. eius ferundae duplex fuit causa, prima et potissima, ut uniuersa Italia, non sola urbs, lege sumptuaria teneretur, Italicis existimantibus Fanniam legem non in se sed in solos urbanos ciues esse conscriptam; deinde . . .

Der Sinn dieses Textes ist dunkel. Sind die *Italici* den *ciues urbani* gegenüber die Bundesgenossen[36]), wo bleiben dann die zahlreichen Römer der Municipien und Colonien? Liegt es nicht näher, gerade an diese Bürger zu denken, denen Rom nur die weitere, nicht die engere

---

[35]) Voigt J. nat. Bd. II S. 63, 763, 764, Mommsen St.R. III¹ S. 696. Voigt bildet eine bunte Reihe aus Gesetzen, Senatusconsulten und magistratischen Edicten.

[36]) So z. B. Liv. Epit. 71, Vell. II c. 21; vgl. auch Frontin De aquis I c. 18.

Heimat war? Wenn Macrobius den *urbani ciues* die *Italici* entgegensetzt, so ist es gewiss erlaubt, bei den letzteren das Wort *ciues*[37]) zu ergänzen, während die Zusammenfassung der Municipalrömer und der Bundesgenossen in dem Ausdruck *Italici* ganz ungewöhnlich wäre[38]). Indess wird man die vorgeschlagene Deutung vielleicht anfechten, weil ihr zufolge eine Erstreckung der Luxusverbote nicht auf *universa Italia,* wie es die Stelle behauptet, sondern blos auf Römisch-Italien stattgefunden hätte. Dieser Einwand verliert aber an Bedeutung, wenn man erwägt, dass unser Autor da, wo er das Geltungsgebiet der Sumptuargesetze durch die Worte *urbs* und *uniuersa Italia* bestimmt, sicher nichts Anderes meint als im nächsten Satz, wo er die *urbani ciues* und die *Italici* nennt. Nach der zweiten Angabe, welche die genauere ist, darf wohl die andere berichtigt werden. Dabei unterstützt uns noch Gell. XX. 1, 23:

quid tam necessarium existimatum est propulsandae ciuium luxuriae quam lex Licinia et Fannia aliaeque item leges sumptuariae? Omnia tamen haec oblitterata et operta sunt ciuitatis opulentia quasi quibusdam fluctibus exaestuantis.

Die Lex Licinia ist nach Macrob. Sat. III. 17, 7 jünger als die Didia; dennoch war sie gleich der L. Fannia gegen die *luxuria ciuium* gerichtet. Mithin hatte sich die Vergewaltigung der Bundesgenossen, die Mommsen ins Jahr

---

[37]) *Ciues Italici et Norici* in einer britannischen Inschrift: C. I. L. VII nr. 1095 (p. 196).

[38]) Hier, wo es sich nicht um den Gegensatz zu den Provincialen, sondern zu den Stadtbürgern handelt; vgl. übrigens H. Nissen Italische Landeskunde Bd. I S. 71, 72, 83 N. 1.

611 setzt, nicht wiederholt, ja sie wäre stillschweigend aufgegeben worden, da der Verzicht auf Erneuerung der lästigen Luxusgesetze im Erfolg einer Beseitigung gleichkam[39]). Mehr Wahrscheinlichkeit als ein Rückzug dieser Art hat wohl die Annahme, dass der verkehrte Schritt nie unternommen ist. Wusste man doch zur Zeit der Lex Didia längst, wie schwierig selbst in der Hauptstadt die Durchführung der Sumptuargesetze war. Konnte man denn erwarten, dass die Bundesgenossen, die ihre eigenen Magistrate hatten, sich dem aufgedrungenen Gesetze nur einen Augenblick fügen würden? Daher dürfen wir es unbedenklich mit Gellius halten, der wie die L. Fannia und Licinia so die Luxusgesetze überhaupt (*aliaeque item leges sumptuariae*) auf die Römer bezieht.

Ein Gesetz für alle Italiker, wie angeblich das Didische, soll nach Mommsen[40]) auch die Lex Furia *de sponsu* sein, die ungefähr in die Zeit nach dem Hannibalischen Krieg gehört[41]). Diese Behauptung wird mit Unrecht auf Gai. III. 121 a, 122 gestützt:

. . *cum lex Furia tantum in Italia locum habeat, euenit ut in ceteris prouinciis . . lex quidem Furia tantum in Italia ualet, Appuleia uero etiam in ceteris prouinciis.*

---

[39]) Vgl. Macrob. Sat. III. 17, 8: *lex uero haec (Licinia) paucis mutatis in plerisque cum Fannia congruit. in ea enim ferenda quaesita est nouae legis auctoritas exolescente metu legis antiquioris.*

[40]) St.R. III[1] S. 696 N. 1. Die richtige Ansicht hat Voigt J. nat. Bd. II S. 688 N. 791, Lenel Edict S. 169; s. auch Krüger Quellen S. 115 N. 5.

[41]) Dieser Ansatz von Pernice Ztschr. f. R.G.R.A. Bd. XX[2] S. 157, 158 ist viel wahrscheinlicher als der von Rudorff und Ferrini Storia delle fonti p. 11.

Wenn hier von der Wirksamkeit der Bürgschaftsgesetze *tantum in Italia* und *in ceteris prouinciis* die Rede ist, so sind diese Worte einfach zu übersetzen, nicht künstlich auszudeuten. „Die L. Furia gilt nur in Italien, nicht in den übrigen Provinzen", das will sagen: sie ist nicht vorhanden für die Rechtsprechung der Beamten mit ausseritalischer Competenz. Dass wirklich Wort und Gedanke sich völlig decken, zeigt zum Überfluss eine Vergleichung mit I. 185, wo dieselben Wendungen (*in urbe — in prouinciis*) begegnen, und der Sinn festgestellt ist durch die Erwähnung des *praetor urbanus* und der *praesides prouinciarum.* Demnach hat der Jurist in der obigen Stelle lediglich den (von uns sog.) „örtlichen" Wirkungskreis des Furischen Rechtes im Auge. Die Frage nach den Personen, die das Gesetz angeht, berührt er sonst mit keiner Silbe; dieser Punkt war für ihn und seine römischen Leser im Hinblick auf die Beschaffenheit der Quelle kein Gegenstand des Zweifels. Wir unsererseits dürfen die richtige Antwort noch rechtfertigen durch Verweisung auf Gai IV. 22 und besonders auf III. 93 und 179, während Cic. in Verr. I. c. 42 § 109 hier kaum in Betracht kommt. Die Lex Furia erleichtert bekanntlich die Stellung des Sponsors und des Fidepromissors. Da nun der Peregrinus, *cum quo sponsus communio non est*, in der éinen Form wenigstens sich gar nicht verbürgen konnte, so wäre die Ausdehnung der Furischen Normen *de sponsu* auf Nichtrömer sinnlos gewesen. Soviel ist aus Gaius sicher abzuleiten. Cicero l. c. denkt wahrscheinlich nur[42]) an die Lex Furia *testamen-*

[42]) Aus dem Plural *Furias* ist nicht zu entnehmen, dass mehrere Gesetze dieses Namens gemeint sind; vgl. Cic. Phil. III c. 6 § 16.

taria, die er auch pro Balbo c. 8 § 21 neben der Voconia anführt. Von diesen Gesetzen aber und von mehreren anderen sagt er klar und deutlich, dass sie Rechtsquellen seien für den *populus:*

Cedo mihi leges Atinias, Furias, [Fusias[43]*] ipsam, ut dixi, Uoconiam, omnis praeterea de iure ciuili; hoc reperies in omnibus statui ius, quo post eam legem populus utatur.*

Fast mit denselben Worten ist unmittelbar vorher (in Verr. I. c. 42 § 108) ein Teil des legitimen Strafrechts auf die Bürgerschaft bezogen:

Cornelia testamentaria, nummaria, ceterae conplures, in quibus non ius aliquod nouum populo constituitur, sed sancitur, ut, quod semper malum facinus fuerit, eius quaestio ad populum pertineat.

In der Rede für Balbus endlich sind l. c.[44]) die Furia, die Voconia und *innumerabiles aliae leges* bezeichnet als *de ciuili iure latae.* Das vieldeutige *ciuile ius* steht hier wohl in der Grundbedeutung (= Bürgerrecht); denn der Redner knüpft sofort den Satz an: *quas* (scil. *leges*) *Latini uoluerunt, adsciuerunt.*

Von einem der jüngsten Gesetze der Republik, von der Falcidia ist der Text erhalten. Das erste Capitel beginnt so:

Qui ciues Romani sunt, qui eorum post hanc legem rogatam testamentum facere uolet . .

und das zweite:

---

[43]) So C. F. W. Müller; vgl. aber Baiter im Onomasticon Tullianum III p. 179 und andere Ausgaben.

[44]) S. den Wortlaut oben S. 104 in N. 30. Wegen der L. Voconia ist auch Cic. de re p. III c. 10 § 17 zu vergleichen.

Quicumque ciuis Romanus . . . testamentum faciet, is quantam cuique ciui Romano pecuniam iure publico dare legare uolet, ius potestasque esto, . . .

Die Lex von 714 beschränkt also ihre Bestimmungen ganz ausdrücklich auf römische Bürger. Vielleicht ist diese Genauigkeit des Legalstyls etwas Zufälliges[45]), vielleicht mit veranlasst durch das gegen Ende des Freistaats häufigere Vorkommen von Comitialbeschlüssen, die in Peregrinenverhältnisse eingriffen[46]). Indess dürfte man keineswegs die alte Regel als ins Gegenteil verkehrt oder nur als erschüttert ansehen. Dem wiederspräche aufs Entschiedenste die Handhabung der Rechtsatzung in der Zeit des Principats. Auch die Leges, die unter dem Kaiserregiment zu Stande kamen, stellen keine „Reichsordnungen" dar, erzeugen kein „Weltrecht"; vielmehr sind sie noch immer blosse Bürgerordnungen, was sie vom Anfang her gewesen waren. Selbst der Senat, der in der Republik als Leiter der äusseren Politik vielfach Massregeln veranlasst, welche die Peregrinen betrafen, und der auch später noch in gewissen Provinzen die oberste Verwaltungsbehörde ist[47]), hält sich als Erbe der legislativen Gewalt des Volkes innerhalb der von den Comitien beobachteten Grenzen. Zum Beleg sind im Folgenden noch ein paar Gesetze und Senatusconsulte der frühklassischen Zeit zusammengestellt. Neben den einzelnen Namen findet man Hinweisungen auf die wichtigsten Nachrichten, mit deren Hülfe der Beweis des Gesagten

---

[45]) S. oben S. 110 zur N. 18.

[46]) Vgl. Voigt J. nat. Bd. IV. 2 S. 182, 183, wo aber Manches zu berichtigen wäre.

[47]) S. Mommsen St.R. III² S. 1194—1216, 1269, auch S. 1066, 1067.

bald unmittelbar, bald im Weg der Schlussfolgerung zu erbringen ist.

Unter den Gesetzen der Augusteischen Zeit hat von jeher die Lex Julia *de maritandis ordinibus* (736) und die Papia Poppaea (762) besondere Aufmerksamkeit erregt. Es ist allbekannt, aus welchen Erwägungen die gewaltsame Ehegesetzgebung des ersten Princeps hervorging. Ihr Ziel war, um es mit éinem Wort zu sagen, die Erhaltung des Volkes der Quiriten[48]. Am deutlichsten ist dies aus der drastischen Ermahnung zu ersehen, welche der Kaiser bei Dio LVI. c. 4—9 im J. 762 an die versammelten Junggesellen richtet. Das Geschlecht der Römer — so klagt er[49] — und ihr Name sei in Gefahr unterzugehen; die *πόλις* werde den Hellenen und Barbaren ausgeliefert. Statt durch Zeugung pflanze sich das Römertum nur durch Sklavenbefreiung fort und durch Verleihung des Bürgerrechts an die Bundesgenossen. Die Urrömer aber sterben aus.

Auf der anderen Seite hebt Tacitus Annal. III. c. 28 die verderblichen Folgen der neuen Gesetze hervor, nament-

---

[48]) Vg. etwa G. Hartmann in d. Ztschr. f. R.G. Bd. V S. 221, Schulin Geschichte d. R.R. S. 99.

[49]) Dio LVI c. 7 in f. (Dindorf): *οὐ μὴν οὐδ᾽ ὅσιον ἢ καὶ καλῶς ἔχον ἐστὶ τὸ μὲν ἡμέτερον γένος παύσασθαι καὶ τὸ ὄνομα τὸ Ῥωμαίων ἐν ἡμῖν ἀποσβῆναι, ἄλλοις δέ τισιν ἀνθρώποις Ἕλλησιν ἢ καὶ βαρβάροις τὴν πόλιν ἐκδοθῆναι. ἢ τοὺς μὲν δούλους δι᾽ αὐτὸ τοῦτο μάλιστα ἐλευθεροῦμεν, ὅπως ὡς πλείστους ἐξ αὐτῶν πολίτας ποιώμεθα, τοῖς τε συμμάχοις τῆς πολιτείας μεταδίδομεν, ὅπως πληθύωμεν· αὐτοὶ δ᾽ ὑμεῖς οἱ ἀπ᾽ ἀρχῆς Ῥωμαῖοι, οἱ τοὺς προγόνους τοὺς Μαρκίους, τοὺς Φαβίους, τοὺς Κυιντίους, τοὺς Οὐαλερίους, τοὺς Ἰουλίους καταλέγοντες, ἐπιθυμεῖτε μεθ᾽ ὑμῶν αὐτῶν καὶ τὰ γένη ἅμα καὶ τὰ ὀνόματα ἀπολέσαι;*

lich die Delatorenplage, die eine böse Frucht der L. Papia Poppaea sei:

acriora ex eo uincla, inditi custodes et lege Papia Poppaea praemiis inducti . . . sed altius penetrabant urbemque et Italiam et quod usquam ciuium corripuerant, multorumque excisi status;

ebenso Plinius Paneg. c. 34:

. . . *nulla iam testamenta secura, nullus status certus: non orbitas, non liberi proderant. auxerat hoc malum partim (principum?) auaritia . . . excidisti intestinum malum et prouida seueritate cauisti, ne fundata legibus ciuitas euersa legibus uideretur.*

Wichtig ist auch eine Bemerkung Suetons (IV. c. 18, 19) über Kaiser Claudius:

. . *naues mercaturae causa fabricantibus magna commoda constituit pro condicione cuiusque: ciui uacationem legis Papiae Poppaeae, Latino ius Quiritium, feminis ius IIII liberorum*, . . .

Das gleiche Ergebniss wie aus den vorstehenden Zeugnissen gewinnen wir aus einer Betrachtung des Inhalts der beiden Ehegesetze. Ihre Anordnungen, besonders die den Caelibes und Orbi angedrohten Nachteile und die Belohnungen für Verheiratete und Kinderreiche können nur auf Personen gemünzt sein, die das römische Jus honorum und die Fähigkeit zum Jus civile haben. So verbieten unsere Leges den Angehörigen des senatorischen Standes die Ehe mit Freigelassenen (Paul. Dig. 23, 2, 44, pr., Cels. Dig. 23, 2, 23, Ulp. XVI. 2); die Julia giebt dem Consul, der eine Gattin und der die grössere Zahl von Kindern *in potestate*[50]) hat, den Vorrang *in fascibus sumendis* (Gell. II. 15, 4, Ulp. Vat. 197); sodann gestattet

sie obrigkeitlichen Zwang gegen die Gewalthaber[50]), welche die Zustimmung zur Ehe ihrer Kinder verweigern (Marcian Dig. 23, 2, 19), und befreit Frauen[51]), die das Jus liberorum haben, von der Geschlechtstutel[52]) (Gai. I. 145). Wenn ferner das ältere Gesetz[53]) die Caelibes, das jüngere[54]) die Orbi vom Erwerb des ihnen letztwillig Hinterlassenen ganz oder teilweise ausschliesst, so ist offenbar bei den bedachten Personen überall Testamentsfähigkeit vorausgesetzt. Einem Peregrinen gegenüber wäre das *capere uetare* ganz überflüssig gewesen, da dieser ohnedies, schon wegen des Mangels der *testamenti factio,* als *incapax* erschien[55]). Was endlich die Belohnungen anbelangt, die im Erbfall den Patres winkten, so ist lediglich Das zu wiederholen, was eben von den Strafen gesagt wurde. Zur *caducorum uindicatio* sind Diejenigen zugelassen, welche in römischen Testamenten zu Erben eingesetzt oder mit einem Legat bedacht waren[56]). Mithin kann die L. Papia auch hier nur römische Bürger ins Auge gefasst haben[57]).

---

[50]) S. Gai. I. 55, 128, 189, Ulp. X. 3, Dig. 1, 6, 4.

[51]) U. z. Freigeborene. Die *libertae* erhielten die gleiche Begünstigung *iure quattuor liberorum* vermutlich erst durch die L. Papia Poppaea; vgl. Gai. I. 145, 194, III. 43, 44, Ulp. XIX. 3, Jörs Über das Verhältniss der L. Julia z. L. Papia Poppaea S. 25, 26 (1882).

[52]) S. Gai. I. 189, 190 und oben S. 150, 151.

[53]) Gai II. 111, 144, 286, Ulp. XXII. 3.

[54]) Gai. II. 286 a.

[55]) Belege oben S. 150 N. 25.

[56]) Gai. II. 206—208, 286 a, Ulp. I. 21.

[57]) Weitere Beweisgründe liefern z. B. für die L. Julia Gai. I. 178, Ulp. XI. 20, für die L. Papia Poppaea Gai. III. 47. Die Excusation von der Tutel *numero trium, quattuor, quinque liberorum,* die nur röm. Bürgern zusteht (Ulp. Vat. 191, Paul. Vat. 247; dazu Ulp. Vat. 193, 197, Sev. et Anton. l. 1 C. qui num. 5,66), wäre ebenfalls anzuführen,

Wegen der Manumissionsgesetze[58]), die unter Augustus Einfluss beschlossen sind, vergleiche man vor Allem Sueton II. c. 40:

Magni praeterea existimans sincerum atque ab omni colluuione peregrini ac seruilis sanguinis incorruptum seruare populum, et ciuitatem Romanam parcissime dedit et manumittendi modum terminauit.

Über eines dieser Gesetze, das Aelisch-Sentische von 757 giebt Gai. I. 47 in einer Weise Auskunft, die uns der Mühe enthebt, noch andere Belege aufzusuchen:

In summa sciendum est, ⟨cum⟩ lege Aelia Sentia cautum sit, ut creditorum fraudandorum causa manumissi liberi non fiant, hoc etiam ad peregrinos pertinere (senatus ita censuit ex auctoritate Hadriani), cetera uero iura eius legis ad peregrinos non pertinere.

Die Lex Fufia Caninia regelte, wie Gai. I. 42 und Paul. IV. 14 § 1, 4 lehren, die Freilassung durch testamentarische Verfügung. Daher fällt die Frage nach der Tragweite dieses Gesetzes zusammen mit der Frage, wer nach römischem Recht testiren konnte[59]).

Das dritte Manumissionsgesetz, das Junische, steht, gleichviel welches Datum man ihm zuschreiben mag, mit dem zuerst

---

wenn wir sicher wüssten, dass sie aus den genannten Gesetzen herstammt; vgl. aber Jörs Verhältniss S. 23, 24. Übrigens ist das oben S. 150, 151 Gesagte zu berücksichtigen.

[58]) Mommsen St.R. III[1] S. 705: „Die der röm. Freilassung gesetzten Grenzen gelten für die latinische im Allgemeinen nicht". M. E. gelten sie gar nicht.

[59]) S. oben S. 150 N. 25. Übrigens behauptet Mommsen Stadtrechte S. 435 mit Fug ganz allgemein: „für die Freilassung giebt es keine internationale Form."

genannten jedenfalls im nahen Zusammenhang. So berichtet denn auch der unbekannte Jurist bei Dositheus[60]) 12 hinsichtlich der Junia das Nämliche, was Gaius für die Lex Aelia feststellt:

Peregrinus manumissor seruum non potest ad Latinitatem perducere, quia lex Iunia, quae Latinorum genus introduxit, non pertinet ad peregrinos manumissores, sicut et Octauenus probat . . .

An das Julische Erbsteuergesetz von 759, das schon einmal (S. 88) erwähnt ist, darf hier nochmals erinnert werden. Durch Dios Erzählung LXXVII c. 7 zum Jahre 212 n. Chr. ist die Kunde davon sehr verbreitet, dass die *uicesima hereditatium* von Augustus blos den römischen Bürgern aufgelegt war. Caracalla soll *πάντας ἐν τῇ ἀρχῇ αὐτοῦ* zu Bürgern gemacht haben, um Alle der von ihm erhöhten Steuer zu unterwerfen. Übrigens ist die beschränkte Wirksamkeit des Julischen Gesetzes auch durch Plin. Paneg. c. 37, 39 sicher beglaubigt[61]).

Aus der Zeit nach Augustus sind nur wenige Volksgesetze bekannt. Zu ihnen gehört die unter Tiberius gegebene Lex Junia Vellaea[62]), deren Text teilweise

---

[60]) Vgl. übrigens Krüger Quellen S. 251.

[61]) Vgl. auch Bachofen Ausgewählte Lehren d. röm. Civilrechts S. 332, 333, 338, 389, Savigny Verm. Schriften Bd. II S. 188, 189, Hirschfeld Verwaltungsgeschichte Bd. I S. 62 und oben S. 88 N. 5. Zur Geschichte des Gesetzes Dio LV c. 25.

[62]) Über Urheber und Datum des Gesetzes ist viel Streit. Wegen der Überlieferung des Namens s. A. Schmidt Recht der Noterben S. 30 N. 83; dazu aber Gai. II. 134, wo die Handschrift (Apogr. Stud. p. 88 Z. 1) deutlich: IUN. bietet. Mommsen hat seine neuere Ansicht (in der grossen Digestenausgabe I p. 748 z. Z. 30) auch nicht festgehalten (St.R. III[1] S. 346 N. 1). Ich trete Karlowa R.R.G. Bd. I S. 620, 621 bei, der die Lex dem Jahr 780 zuschreibt.

vorliegt. Bruns[63]) will im ersten Capitel, das bei Scaevola (Dig. 28, 2, 29, 12) so lautet: *Qui testamentum faciet* . ., hinter *qui* die aus der Falcidia entlehnten Worte einfügen: *ciuis Romanus post hanc legem rogatam*. Damit ist ohne Zweifel der Sinn des Gesetzes, das einige Punkte des Testamentsrechtes neu ordnet, richtig getroffen. Müssen wir aber die Einschaltung, weil sie blos Selbstverständliches ausdrückt, für überflüssig erachten, so ist auch ihr Daseinsrecht ernstlich in Frage gestellt. Freilich beruft sich Bruns auf die Redeweise der Falcidia. Allein es fehlt doch der Nachweis, dass gerade das Gesetz von 714 später zum Vorbild gedient hat[64]); und dieser Beweis wäre nötig, weil der Text der Falcidia allem Anschein nach vom üblichen Legalstyl abweicht[65]).

§ 29. Die Tragweite des legitimen Strafrechts.

In dem vorstehenden Verzeichniss von Volksgesetzen der Republik und der Kaiserzeit wird der Leser manche vermissen, auf denen das römische Criminalrecht hauptsächlich beruht. Vielleicht ist es nicht unnütz, diese Auslassung mit wenigen Worten zu rechtfertigen. Nach meinem Ermessen ist die Ermittelung des ursprünglichen Anwendungsbereichs der von Sulla, von den Juliern und der früher gegebenen Strafgesetze eine äusserst schwierige Sache, die sich in der hier gebotenen Kürze gar nicht abthun lässt. Unsere Kenntniss des alten Strafrechts haben wir vornehmlich aus den spätclassischen Schriften zu schöpfen. Die Juristen aber tragen

---

[63]) Fontes p. 115 z. N. 8 (ed. V von Mommsen).

[64]) Die L. Julia *de marit. ordinibus* v. 736 nennt, so viel wir sehen können (Bruns Font. p. 114, 115), den *ciuis Romanus* nicht.

[65]) Vgl. oben S. 110, 111 N. 18.

das Recht ihrer Zeit vor, das erwiesener Massen in gewissen Punkten, so bezüglich der Strafen, nicht mehr das cornelisch-julische war[1]). Dabei verwenden sie keine Sorgfalt auf die Scheidung des Alten und Neuen, ja sie führen, wie es scheint mit Absicht, das durch „Interpretation" Hinzugefügte auf die grundlegenden Gesetze zurück. Insbesondere ist es unschwer zu begreifen, weshalb diese Schriftsteller Bürger und Fremde nicht aus einander halten, wo sie das Strafrecht darlegen, welches den römischen Beamten zur Richtschnur diente. Wahrscheinlich hatten die grundsätzlich nur für Bürger gegebenen Gesetze doch von jeher massgebende Bedeutung auch für die Rechtsprechung der Imperienträger in den Strafsachen der Peregrinen. Als vollends mit dem allmälichen Verfall der Quaestionen den Bürgern auch das besondere Gericht und Verfahren entzogen ward, hatten die Juristen keinen Anlass mehr, ein den Römern eigentümliches Criminalrecht anzunehmen.

Ist durch diese Umstände die Untersuchung erheblich erschwert, so dürfte sie auch nicht beschränkt bleiben auf die Frage, wen die Strafgesetze nach der Absicht ihrer Urheber verpflichten sollten. Die Auffassung der Lex als Bürgerordnung konnte leicht noch in anderer Richtung Einfluss üben, sie konnte, zusammen mit anderen Factoren, einwirken auf die Bestimmung der durch legalen Strafschutz zu sichernden Güter. Natürlich ist hier nicht der Ort, diesen Punkt näher ins Auge zu fassen. Die folgenden Bemerkungen wollen nur klar machen, was mit dem Gesagten gemeint ist.

Cicero de off. III c. 6 § 27, 28 unterscheidet drei

---

[1]) S. auch oben S. 112 N. 24.

Gesellschaften (*societates*): eine, die alle Menschen umfasst; eine zweite, engere, die von den Bürgern, eine dritte, die von den Verwandten gebildet wird. Den Bestand der weitesten setzt die *lex naturae* voraus, deren Anordnung dahin geht: Niemand, wer immer es sei (*quicumque sit*), dürfe verletzt werden. Dagegen lehren Diejenigen, welche blos die engere Gemeinschaft anerkennen: *ciuium rationem . . . habendam, externorum negant.* Anscheinend ist es dieser letztere Standpunkt, den die römischen Strafgesetze, und selbst noch die Julischen, der Regel nach festhalten. Ich erinnere beispielsweise an die Lex Fabia de plagiariis aus dem 6. oder 7. Jh. d. St.[2]) Ihr erstes Capitel bedroht nach Paul. Coll. XIV. 2, 1 nur Denjenigen, *qui ciuem Romanum*[3]) *ingenuum libertinumue seruumue alienum celauerit . . .*

---

[2]) Pernice Labeo Bd. II S. 63 setzt sie zweifelnd ins J. 571; für älter hält sie Voigt in den Berichten der Leipziger Gesellsch. d. Wissensch. Bd. XXXVII S. 319—327 (1885), für jünger Zumpt Criminalrecht Bd. II. 2 S. 34, 35. Cicero (p. Rab. ad pop. c. 3 § 8—691) kennt das Gesetz.

[3]) Bei Ulp. Coll. XIV. 3, 4 (ed. Mommsen Collectio III p. 183—1890) heisst es freilich: *lege . . Fabia tenetur qui ciuem Romanum eumue, qui in Italia liberatus sit, celauerit . . .* Eine durchaus hypothetische Deutung des *in Italia liberatus* giebt Voigt in den cit. Berichten S. 321—327, eine andere Mommsen in der Collectio l. c. Mir scheint der Text verderbt. Vielleicht schrieb Ulpian: *lege Iunia liberatus.* Daraus konnte *in Italia* leicht entstehen. Den *ciuis Romanus* finden wir, wie bei Paul. Ulp., auch bei Apul. Metamorph. VIII c. 24 (Hildebrand p. 722 — hier aber fälschlich L. Cornelia st. Fabia); dagegen drücken sich Gai. Dig. 48, 15, 4 und Callistratus Dig. 48, 15, 6, 2 allgemeiner aus (möglicher Weise im Hinblick auf den durch Interpretation hinzugefügten Latinus Junianus; vgl. Ulp. Vat. 193 und unten S. 175): *qui liberum hominem, qui hominem ingenuum uel libertinum . .* , dazu Paul. V. 6, 14, Diocl. C. Just. 9, 20, 15. [Die zwei besten Hdschr. der Coll. haben l. c. statt des zuerst von Pithoeus vorgeschlagenen *eumue qui . . : eundemque qui . .* Nach diesem m.

Weiter reicht der Schutz der Sullanischen L. Cornelia de sicariis (spätestens aus dem J. 674), die Denjenigen trifft, *qui hominem*[4]) *occidit.* Ohne Zweifel ist unter dem *homo* der Bürger und sicher nicht blos der Bürger zu verstehen, eben so wie unter dem *homo liber* der alten „Lex Numae" [5]). Im Übrigen aber hatte Sulla die genauere Abgrenzung der geschützten *homines*, wahrscheinlich bewusster Weise, der Gerichtspraxis überlassen. So tritt eine Äusserung Ulpians (Coll. I. 3, 2 in f.) über die L. Cornelia erst ins rechte Licht:

conpescit . . eum, qui hominem occidit, nec adiecit cuius condicionis hominem, ut et ad seruum et peregrinum pertinere haec lex uideatur.

Mithin war es selbst für Ulpian[6]) noch nicht ausgemacht, ob der gesetzliche Schutz wie den Bürgern so ohne Weiteres auch (*et*) Anderen gebühre. Betreffs der Sklaven[7]), die das Vermögensrecht grundsätzlich als Sachen behandelte,

---

E. unhaltbaren Texte, der auch in Lenels Pal. II p. 985 mit einer kleinen Änderung *(eundem ue)* aufgenommen ist, wäre der *in Italia liberatus* ebenfalls röm. Bürger, und volle Übereinstimmung mit Paul. Coll. XIV. 2, 1 vorhanden.]

[4]) Vgl. etwa Ulp. Coll. I. 3 § 1, 2, Paul. Coll. I. 2 § 1, Marcian l. 1 pr. - § 3, l. 3 pr. D. ad leg. Corn. (48, 8), ferner die bei Sanio Obseruat. ad leg. Corn. p. XI, XII, XVII, XVIII angef. Stellen.

[5]) Bei Paulus-Festus s. v. *„parrici"* p. 221; dazu Brunnenmeister Tödtungsverbrechen S. 115—118.

[6]) Nach Brunnenmeister a. a. O. S. 225 sagen Ulpian Coll. I. 3, 2 und Marcian D. 48, 8, 1, 2 „mit dürren Worten", dass der Stand des Getödteten ohne Einfluss war. Sollte ich von der Wörterdürre die richtige Vorstellung haben, so kann ich sie allenfalls bei Marcian, bei Ulpian aber nur das Gegenteil finden.

[7]) Dass die Sklaven nach der Auffassung der Sullanischen Zeit und noch später unter dem *homo* der L. Cornelia nicht mitbegriffen waren, ist m. E. unbestreitbar. Treffend Brunnenmeister a. a. O. S. 225—228 wider Sanio Obseruat. p. 10—12 und Andere.

konnte man mit gutem Fug Bedenken erheben. Den Unfreien aber stellt der Jurist die Peregrinen anstandslos zur Seite. Demnach ist für ihn nur Eines über allen Zweifel erhaben: dass das Gesetz an die Bürger denkt. Und wäre Ulpian gefragt worden, wie sich diese Auslegung der Cornelia begründen lasse, so hätte er wohl keine andere Antwort gehabt als die: Seht euch die Volksgesetze der Reihe nach an, sie schützen regelmässig nur Römer und römische Einrichtungen.

Freilich widerspricht die alte und wichtige Lex Numae dem hier angenommenen Grundsatz, da sie statt des *ciuis* den *homo liber* nennt. Indess darf uns das keineswegs irre machen. Einmal ist das sog. „Königsgesetz" schwerlich durch Comitialbeschluss zu Stande gekommen; sodann ist der dem „Freien" gewährte, in der Lex Numae nur erweiterte [8]) Strafschutz nach meinem Ermessen überhaupt nicht römischer Herkunft, sondern älter als die Stadt und das Sonderrecht der Quiriten, m. a. W. ein Stück der altlatinischen Stammesordnung. Unter dem *homo liber* der „Königssatzung" ist wahrscheinlich jeder und nur der Latiner zu verstehen [9]); denn die Freiheit war in der Urzeit „rechtlich gebannt in den Kreis des *nomen Latinum*" [10]). Das Leben des Stammesgenossen aber blieb geschützt auch

---

[8]) Vgl. darüber R. Loening (gegen Brunnenmeister) Ztschr. f. die gesammte Strafrechtswissenschaft Bd. VII (1887) S. 657.

[9]) Auch Brunnenmeister a. a. O. S. 119, 120, 123, 220 giebt das zu, obwohl er das *parricidium* der L. Numae gewöhnlich als „Bürgertödtung" bezeichnet. Die Ungenauigkeit dieses Namens scheint B. doch zu unterschätzen, wenn er sagt (S. 221), sie sei nicht „nennenswert." Vgl. auch Pernice in Holtzendorffs Encyclopädie S. 121 (5. A.).

[10]) So Mommsen in der Festgabe f. Beseler S. 255 N. 1; dazu St.R. III[1] S. 608.

nach der Zerteilung der ursprünglichen Volksgemeinschaft in verschiedene *populi* mit eigener Gesetzgebung.

Um die Antwort einigermassen zu rechtfertigen, die oben dem Ulpian in den Mund gelegt ist, soll noch an zwei Julische Gesetze erinnert werden, an die Lex *de adulteriis et de pudicitia*[11]), die sicher von Augustus herrührt, und an die Lex *de ui publica* der Pandekten, die vermutlich ebenfalls vom jüngeren Caesar gegeben ist[12]). Das Ehebruchsgesetz regelt im zweiten Capitel die Rache des Vaters. Die hierauf bezügliche Norm setzt augenscheinlich einen Römer voraus, wie der Bericht des Paulus in der Coll. IV. 2, 3 zeigt:

(lex) . . permittit patri, si in filia sua, quam in potestate[13]) *habet, aut in ea, quae eo auctore, cum in potestate esset, uiro in manum*[14]) *conuenerit, . . ut is pater . . adulterum sine fraude . . filiam . . occidat*[15]).

---

[11]) So heisst das Gesetz passend bei Sueton II c. 34, s. indess Prob. III. 9; dem Augustus wird es ausdrücklich auch von Seneca Benef. VI c. 32 § 1 und Ulp. D. 48, 5, 1 zugesprochen. Das Jahr ist unbekannt, der übliche Ansatz (736) unerweislich; vgl. übrigens Esmein Mélanges p. 71 n. 1. — Ein Gesetz (oder Vorschlag?) Sullas περὶ γάμων für πολῖται erwähnt Plut. Comp. Lys. c. Sylla c. 3 § 3.

[12]) Die Urheberschaft ist sehr bestritten. Eine Übersicht giebt Rein Criminalrecht S. 742 in d. Note, der sich selbst für den Dictator Caesar entscheidet; ebenso Ferrini bei Cogliolo Diritto penale Bd. I. 1 p. 232, 233, anders Karlowa R.R.G. Bd. I S. 620, Pernice in d. Encycl. S. 139 (5. A.), Binding Grundriss d. gem. d. Strafrechts I S. 12 (4. A.).

[13]) Vgl. die oben S. 162 N. 50 angeführten Stellen.

[14]) S. Gai. I. 108.

[15]) Vgl. auch Papin. Dig. 48, 5, 20 (21), Coll. IV c. 5 (für das *ius mariti* ist Ehe mit *conubium* erforderlich), Coll. IV c. 7 u. 8, Paul. II. 26, 2, Quintil. Inst. orat. VII c. 1 § 8. Bei Macer Dig. 48, 5, 24 (25), 3 ist die *uxor contra leges nupta* nicht eine Frau, die in einer nach röm. Recht unzulässigen Ehe lebt, sondern eine Römerin, die den Julisch-Papischen Verboten zuwider geehelicht ward.

Noch erheblicher für die Beurteilung unserer Lex ist ein anderer Punkt. Verfolgt Augustus den Bruch jeder Ehe oder nur des *matrimonium iustum* (Ulp. V. 2)? Meines Wissens nimmt man[16]) allgemein das Erstere an, allein mit Unrecht. Auf das Richtige weist schon die solenne Scheidung hin, die im selben[17]) Gesetz (Ulp. Dig. 38, 11, 1, 1) offenbar für dieselbe Ehe angeordnet ist, deren Verletzung mit Rache und Strafe bedroht war[18]). *Nullum diuortium* — sagt Paul. Dig. 24, 2, 9 — *ratum est nisi septem ciuibus Romanis adhibitis* . . . Reichsrecht kann wohl diese Vorschrift unter Augustus noch nicht gewesen sein; sie musste beschränkt bleiben auf römische Ehen. Indess scheint doch Papin. Dig. 48, 5, 6, pr., Coll. IV. 5, 1 und Ulp. Dig. 48, 5, 13 (Mo. 14), 1[19]) einen weiteren Geltungsbereich der Lex Julia anzudeuten. Sieht man aber genauer zu, so ist gerade die letztgenannte Stelle sehr geeignet, die herrschende Ansicht zu erschüttern. Ulpian stützt nämlich den Satz: *lex ad omnia matrimonia pertinet* nicht auf den Wortlaut oder die Absicht des Gesetzes; er übernimmt ihn von einem anderen Autor, von Sextus

[16]) Rein Criminalrecht S. 840, 841, Bennecke Ehebruch I S. 7, 25, Esmein Mélanges p. 95, 96, Ferrini bei Cogliolo Dir. penale I. 1 p. 218. Esmein p. 95, 100 hält übrigens die „*mater familias*“ der l. 8 (9) § 1, l. 10 (11) pr. D. h. t. für das Gesetzeswort zur Bezeichnung der Gattin und verkennt nicht, dass dieser Name nur der Frau, *unie à son mari en justes noces* zukomme.

[17]) S. R. Schlesinger Ztschr. f. R. G. Bd. V S. 193.

[18]) Über den Zusammenhang des die Scheidung betreffenden Abschnitts mit den Hauptbestimmungen der L. Julia de adult. s. Rein Criminalrecht S. 849, 850 in d. Note, Schlesinger a. a. O. Bd. V S. 201.

[19]) Die von Huschke Jurispr. p. 660 n. 7 (ed. V.) und Lenel Pal. II p. 932 n. 5 in diesem Fr. eingeschalteten Worte *iure extranei* passen schlecht zur *iusta uxor*.

Caecilius[20]), der sich seinerseits — mehr im Scherz — auf Homer beruft: *nec enim soli, inquit, Atridae uxores suas amant.* Wir sehen also die Juristen, denen es an vorführbaren Gründen fehlt, ihre Zuflucht zu einem beliebten Dichter nehmen, um eine gewagte Auslegung etwas zu verbrämen. Daraus aber wird man mit grosser Wahrscheinlichkeit schliessen dürfen, dass die Augusteische Lex[21]) nur vom *matrimonium iustum* handelte, während die späteren Klassiker eine Erweiterung des gesetzlichen Strafschutzes anstreben.

Aus der L. Julia *de uipublica* teilt Paul. V. 26, 1 einen Satz mit, der sich gegen Denjenigen kehrt, *qui aliqua potestate praeditus ciuem Romanum*[22]) *antea ad populum, nunc imperatorem appellantem necauerit necariue iusserit* . .; einen zweiten Maecian (Dig. 48, 6, 8), der das Erscheinen der *rei* vor den hauptstädtischen Ge-

---

[20]) Vgl. Krüger Quellen S. 177 N. 25.

[21]) Wen wollte das Gesetz binden? Das Verbot lautet (Ulp. Dig. 48, 5, 12 — Mo. 13): *ne quis* . . *facito* . . , also (Cicero) *infinitum est.* Doch ist schon oben S. 110, 111 u. 112 N. 24 davor gewarnt, ohne Weiteres Ciceros Rat zu befolgen. Gewiss blieb der peregrinische Buhle einer Römerin nicht frei von Strafen. Waren aber die in der L. Julia verhängten auf ihn anwendbar? Wenn wir das „Strafsystem“, welches zuletzt von E. Sehling (Ztschr. f. R.G.R.A. Bd. XVII S. 160—163) und Esmein l. c. p. 110—117 aufgestellt ist, als vollständig und ursprünglich julisch annehmen, so hat wohl der Gesetzgeber lediglich an Bürger gedacht. Relegation als Hauptstrafe ist m. E. nur Römern gegenüber angemessen, weil die Ausweisung von Peregrinen aus dem Bürgergebiet ohnedies zu jeder Zeit möglich war; vgl. Mommsen St.R. I S. 155, Bd. II[1] S. 139, III[2] S. 1192, 1193. [Widerspruch fordert die Behauptung Mommsens in Sybels Ztschr. Bd. 64 (1890) S. 416, dass die Ausweisung als Criminalstrafe und gegen röm. Bürger überhaupt nicht vorkommt.]

[22]) Übereinstimmend Ulp. Dig. 48, 6, 7, Isid. Orig. V c. 26 § 6 (Lindemann-Otto p. 161).

richten sichert. Mustert man die sonst noch bekannten Bestimmungen des Gesetzes, wie sie bei Rein[28]) gesammelt sind, so liegt fast überall eine Auslegung nahe, derzufolge die Lex Julia nur darauf Bedacht nahm, den nächsten Interessenkreis der Bürgerschaft zu wahren. Übrigens möge man diese letzte Äusserung lediglich als Vermutung betrachten, hinter der sich der Wunsch verbirgt, zur Untersuchung der römischen Criminalgesetze in der angedeuteten Richtung anzuregen. Vor der Hand muss die Frage offen bleiben, ob das legitime Strafrecht der Römer seinen Schutz dermassen auf die herrschende Gemeinde beschränkte, dass die Berücksichtigung der Unterthanen als seltene Ausnahme erschien.

§ 30. Senatsgesetze der Kaiserzeit für Bürger.

Ehe wir uns den Processgesetzen wieder zuwenden, sind schliesslich noch ein paar Bemerkungen über die Senatusconsulte der Kaiserzeit anzureihen zur Erläuterung des oben S. 159 Gesagten. Schon im ersten christlichen Jahrhundert wird der Senat[1]) der Vertreter und bald der Nachfolger des souveränen Volkes. Wir fragen nun, ob der römische Reichsrat der Regel nach für die von ihm geschaffenen Ordnungen, abgesehen natürlich von den Beschlüssen in Verwaltungssachen, bindende Kraft nur in denselben Grenzen

---

[28]) Criminalrecht S. 745, 746, auch Ferrini bei Cogliolo Dir. pen. I. 1 p. 234, 235. — Nach Ulp. Dig. 48, 6, 10, 2 *Damnato de vi publica aqua et igni interdicitur* (vgl. Cic. Phil. I c. 9 § 23); mithin hatte das Gesetz römische Bürger als Friedensstörer im Auge; s. oben S. 111 u. N. 19.

[1]) Über den Erwerb der gesetzgebenden Gewalt vgl. Wlassak Krit. Studien S. 98—100, 102—105.

beanspruchte wie die alten Leges?[2]) Wer sich bejahend äussert darf gewiss nicht fürchten, widerlegt zu werden; andrerseits hält es schwer, rasch jeden Zweifel niederzuschlagen, weil die Quellen, wie so häufig, das Selbstverständliche verschweigen. Indess giebt es doch nicht wenige Senatusconsulte privatrechtlichen Inhalts, die nachweislich blos die Bürger banden, ohne dass sie dieser Eigenschaft wegen in der Überlieferung besonders ausgezeichnet wären. Beispielsweise sind hier folgende zu nennen.

Drei Ratsschlüsse, aus der Zeit des Tiberius, Claudius und Nero, das Pernicianum, Claudianum und Caluisianum[3]), insgesammt Novellen zu den Julisch-Papischen Ehegesetzen und dadurch allein für unseren Zweck genügend gekennzeichnet.

Das S. C. Ostorianum[4]), *Claudianis temporibus factum*, wodurch die Assignation der Libertinen begründet ist. Nur der Patron, der mindestens zwei Kinder aus rechter Ehe (*iustis nuptiis quaesitos*) in der Gewalt (*in potestate*) hat, soll befugt sein, Freigelassene einem seiner Kinder zuzuteilen. Demnach[5]) müssen Assignant wie Assignatar Römer sein.

Das S. C. Claudianum (805 d. St.[6]) über die Rechtsfolgen des Geschlechtsverkehrs zwischen freigeborenen Frauen

---

[2]) Vgl. Bremer in d. Götting. gel. Anzeigen v. 1889 S. 432, 433.

[3]) Ulp. XVI. 3, 4, Suet. V. c. 23; dazu Jörs Verhältniss der L. Julia S. 12 N. 4.

[4]) Ulp. Dig. 38, 4, 1, pr. Inst. 3, 9 (Kr. 8), 3; dazu Mommsen-Bruns Font. p. 176 n. 3 (ed. V); über den Inhalt des S. C. Leist-Glück Ser. d. B. 37, 38 IV S. 610—627.

[5]) Der Beweis ist mit den oben S. 162 N. 50 angezogenen Stellen zu führen; dazu noch Ulp. X. 3: . . *neque ciuis Romanus peregrinum in potestate habere potest* und Gai. I. 67, 87, 131.

[6]) Wider Suet. Vespas. c. 11 s. Tacit. Annal. XII c. 52, 53.

und fremden Sklaven. Gaius I. 84, 91, 160 und Ulpian XI. 11 beschränken den Senatsschluss auf die *ciuis Romana*; Paulus II. 21 [a], 1 fügt die *Latina* hinzu, d. h. die als Junianische „Latinerin" [7]) Geborene [8]). Für alle Personen Junianischer Ordnung, die natürlich kein besonderes Gemeinwesen hatten, musste der römische Staat die Gesetzgebung [9]) in die Hand nehmen; sie waren eben nicht Fremde, wie die eigentlichen Latiner, sondern ein dem römischen Volk angefügter Stand halbfreier Leute mit Libertinenrecht geringerer Art [10]).

Aus der Zeit Neros ein S. C., welches nach Tacit. Annal. XV c. 19. verordnete: *ne simulata adoptio in ulla parte muneris publici iuuaret ac ne usurpandis quidem hereditatibus prodesset*, und das wohlbekannte Neronianum über die mit fehlerhafter Wortformel gegebenen Legate [11]). Wie die Adoption und die Hereditas so ist auch

---

[7]) Mitbefasst sind die der Latinitaet *ex lege Iunia* nachgebildeten Verhältnisse; vgl. Zimmern Rechtsgeschichte Bd. I § 211.

[8]) Dieser *„Latina ingenua"* gedenkt Paul. auch in den Sent. IV. 9, 8, wo die Worte: *non est enim manumissa* jede andere Deutung verbieten; vgl. Zimmern a. a. O. Bd. I S. 452 N. 5; a. A. ist P. Krüger Quellen S. 117 und N. 17, der übrigens l. c. Fälle blosser Gleichheit des Rechtsinhalts und Fälle von Rechtseinheit (auf Grund der Identität der Quelle) vermengt.

[9]) Wie man sich ohne Gesetz behalf, zeigt Ulp. Vat. 193: *Exemplo ciuium Romanorum Latinos Iunianos excusari oportet.*

[10]) Die treffende Ausführung von Mommsen St.R. III[1] S. 626, 627 (s. oben S. 150 N. 25) geht doch darin zu weit, dass sie den Latinus Junianus aus der römischen Gemeinde völlig ausschliesst. Auch wird irriger Weise (S. 627 N. 1) Ulpian (XX. 14) die Erklärung zugeschrieben, der formlos Freigelassene sei *nullius certae ciuitatis ciuis*. Vgl. übrigens Mommsen selbst l. c. S. 786, und über die als *dediticii* Behandelten S. 141, 142.

[11]) Gai. II. 197, Ulp. XXIV. 11 [a].

das Legat[12]) ein Bestandteil des römischen Nationalrechts.

Das S. C. Macedonianum unter Vespasian[13]) verbietet Gelddarlehen an Hauskinder: *placere* — so heisst es wörtlich — *ne cui, qui filio familias mutuam pecuniam dedisset, . . . actio petitioque daretur*[14]). Der Senat stellt also eine Regel auf für die Ausübung der Jurisdiction, ohne sich mit seinem Rat an einen bestimmten Beamten zu wenden. Anscheinend ging seine Absicht dahin, alle *feneratores*, auch die peregrinischen, zu treffen, während der Schutz gegen die Klagen der Geldgeber augenscheinlich[15]) blos den Bürgern zugedacht war. Man darf wohl vermuten, dass das ältere Vellaeanum (799 d. St.) über die Intercession der Frauen seine Geltung in derselben[16]) Weise begrenzt hatte.

Ein S. C. unter Hadrian (875 d. St.) bestimmt: *ea quae aedibus iuncta sunt legari non possunt*[17]). Das S. C. Plancianum (spätestens unter Pius[18]) bestraft den Erben, der *in fraudem tacitam fidem accomodauerit, ut non capienti fideicommissum restituat*, mit dem Verlust des

---

[12]) Cels. Dig. 28, 5, 59 (Mo. 60), 4, Gai. II. 218 in f.; vgl. Ulp. XVII. 1.

[13]) Wenn Suet. Vespas. c. 11 zu trauen ist; vgl. Tacit. Annal. XI c. 13, der unter Claudius eine *lex* sehr ähnlichen (s. Rudorff R.R.G. Bd. I S. 122, Huschke Darlehn S. 151, 152) Inhalts nennt. Unvereinbar sind die beiden Berichte nicht. Die Lex wäre auch nur der *saeuitia* römischer Gläubiger entgegengetreten. Vgl. aber Karlowa R.R.G. Bd. I S. 623.

[14]) Dig. 14, 6, 1, pr. (Ulp.).

[15]) „*Filio familias*"!, s. oben S. 162 N. 50 u. S. 174 N. 5.

[16]) Trotz dem griechischen Rescript von Sever bei Ulp. Dig. 16, 1, 2, 3.

[17]) Ulp. l. 41 pr. D. de leg. I (30).

[18]) Vgl. Modest. Dig. 35, 2, 59, 1, Paul. Dig. 49, 14, 49.

Falcidischen Quartrechts und der *caducorum uindicatio ex eo testamento*[19]). Beide Beschlüsse konnten nur auf Römer bezogen werden[20]).

Das S. C. Tertullianum, nach dem Bericht der Institutionen (3, 3, 2) aus Hadrians[21]) Zeit, beruft die Mutter zum Nachlass ihrer Kinder, wenn sie das *ius liberorum* hat. Dieses Recht kann nur die Römerin gewinnen. Paulus IV. 9, 1 bemerkt ausdrücklich:

Matres tam ingenuae quam libertinae ciues Romanae, ut ius liberorum consecutae uideantur, ter et quater peperisse sufficit, . . .

und kommt auf diesen Punkt nochmals zurück in IV. 9, 8:

Latina ingenua ius Quiritium consecuta si ter peperit[22]), *ad legitimam filii hereditatem admittitur: non est enim manumissa.*

Mithin ist das neue Erbrecht selbst auf Personen Junianischen[23]) Standes nicht erstreckt. Sollte freilich die blosse Thatsache des *ter peperisse* zum Erwerb des Bürgerrechts genügt haben (Ulp. III. 1), so wäre schon aus diesem Grund nie eine *Latina* als solche berufen worden.

Das S. C. Orfitianum unter Marcus[24]) (931 d. St.)

---

[19]) Ulp. XXV. 17.

[20]) S. oben S. 175 N. 11 und S. 158, 159, S. 162 N. 56.

[21]) Vgl. aber Pernice in Holtzendorffs Encycl. S. 140 (5. A.), der das S.C. zweifelnd ins J. 100 p. C. (unter Traian) setzt. In den Consularfasten ist zu diesem Jahr der Name: Cornutus Tertullus verzeichnet. Wegen Zonaras XII c. 1, C. s. Fitting Alter der Schriften S. 12, auch Mommsen in Bekkers Jahrb. Bd. III S. 9 N. 15a.

[22]) Dieser Satz drückt die Bedingung der *admissio ad her.* aus, nicht der Erlangung des *ius Quir.* Der Ton liegt auf *ter*; s. Paul. IV. 9, 1 u. 7.

[23]) S. oben S. 175 N. 8.

[24]) Ulp. XXVI. 7, Inst. 3, 4, pr.

spricht den Nachlass der Frauen vor allen Agnaten den Kindern zu. Als Erblasserin setzt Ulp. XXVI. 7 eine Römerin voraus; das zeigen die Worte: . . *sine in manum conuentione*[25]). Civitaet der Kinder fordert derselbe Jurist in l. 1 § 4, 8 D. ad S. C. Treb. (38, 17). Im gleichen Sinn äussert sich Paul. IV. 10, 3[26]):

Ad legitimam intestatae matris hereditatem filii ciues Romani, non etiam Latini admittuntur. ciues autem Romanos eo tempore esse oportet, quo eis defertur et ab iis legitima hereditas aditur.

Betreffs der Kinder lässt die Stelle nicht dem geringsten Zweifel Raum; den Stand der Mutter verschweigt sie. Daher stellt P. Krüger[27]) den Satz auf, dass auch Latinerinnen nach dem Orfitianum beerbt wurden. Wahrscheinlich hat er sich gefragt, woher seit Hadrian (Gai. I. 80, Ulp. III. 3) die Latinitaet der Söhne stammen soll, die Paulus vor der Delation als möglich annimmt, wenn die Mutter der Civitaet teilhaft war? Indess ist diese Frage schon von Huschke[28]) befriedigend beantwortet. Die Erblasserin konnte trotz der latinischen Kinder zur Zeit ihres Todes *ciuis Romana* sein, und m. E. musste sie Römerin sein, damit das S. C. Anwendung finde; denn Krügers Behauptung unterliegt schweren Bedenken.

Wir fassen vor Allem die wahre, d. h. die von den Juristen sog. *Latina coloniaria* ins Auge. Das Schicksal

---

25) S. Gai. I. 108.

26) Vgl. auch Voigt J. nat. Bd. II S. 747, Mommsen St.R. III[1] S. 628 N. 1.

27) Geschichte der Quellen S. 117 N. 17. Eine Rechtfertigung fehlt. Ich kann nur vermuten, dass die obige Darlegung Krügers Gedankengang trifft.

28) Jurisprudentia p. 521 n. 1 (ed. V.)

ihres Nachlasses ist geregelt durch das Stadtrecht ihrer, grundsätzlich autonomen[29]), Heimat. Nun beschliesst der Senat in Rom ein neues für Römer bestimmtes Gesetz. Dieses S. C. müsste nach Krüger zugleich als Novelle zu den Statuten sämmtlicher Latinergemeinden erlassen sein. Wie aber begründen wir die Befugniss des Reichsrats, allein oder nach dem Antrag des Kaisers einer Bundesstadt ohne Weiteres Gesetze zu geben? Und wenn dieses Recht bestand, was zum Mindesten unbewiesen ist, wo haben wir ein Zeugniss dafür, dass dem Orfitianum so ausserordentliche Tragweite zukam? Sodann der Inhalt der vermeintlichen Novelle! Nach dem Tode einer Latina wäre das Senatsgesetz anwendbar gewesen, wenn sich unter den

[29]) *Quas* (sc. *leges Romanas*) *Latini uoluerunt, adsciuerunt* sagt Cic. p. Balbo c. 8 § 21 (oben S. 158, 104 N. 30). Ist dieser Satz im 1. u. 2. christl Jahrhundert beseitigt? Die Kaiserzeit kennt nur noch die künstliche, von Rom verliehene Latinitaet, und die mit solchem Recht bewidmeten Städte (in den spanischen Urkunden: *municipium* u. *municipes*, nicht *populus*) erhalten das Grundgesetz wohl ausnahmslos (zu Gai. I. 95 vgl. Mommsen St R. II² S. 889 N. 1, III² S. 1235) vom Princeps. Dessen ungeachtet waren die latinischen Municipien mit ihren *ciues Latini* (L. Malac. c. 53) weder römische Bürger- noch Unterthanengemeinden, mithin autonome Bundesstädte (Cic. l. c. c. 24 § 54); s. auch Mommsen Stadtrechte S. 402 N. 28, St.R. III¹ S. 628, 693, Wl. P.G. Bd. I S. 192 N. 34, anders Karlowa R.R.G. Bd. I S. 578, 582. Das abgerissene und darum schwer verständliche Textstück von Gai. I. 79 ist zwar nicht, wie Mommsen St.R. III¹ S. 625 N. 1 will, als Ausgeburt provincialer Unwissenheit (vgl. dagegen Gai. I. 29, 95, 96) aus dem Weg zu räumen, trotzdem aber ungefährlich. Übrigens scheint mir die Annahme unabweisbar, schon des Grundgesetzes wegen, dass römischerseits eine Überwachung der autonomen Satzung stattfand. Darüber mochten die kaiserlichen Leges datae besondere Clauseln enthalten. Thatsächlich werden sich die Latiner ihr neues Recht immer aus Rom geholt haben. [Wie der röm. Privatrechtsstoff ohne ausführliche Codification in die lat. Statuten übertragen wurde, kann man ungefähr aus c. 29 in f. L. Salp. ersehen.]

Kindern ein oder mehrere römische Bürger befanden. Solchenfalls hätten die zu Römern Gewordenen allein geerbt mit Ausschluss der anderen Kinder, die Latiner geblieben waren wie die Erblasserin selbst. Diese mehr als seltsame Erbordnung wird schwerlich Jemand glaublich finden, um so weniger als sie den vom jüngeren Plinius (Paneg. c. 37) bezeugten Grundsatz betreffs der Einwirkung des Civitaetswechsels auf die *iura cognationum* genau ins Gegenteil verkehrt hätte. Hiernach ist wohl die im Sinne Krügers angenommene Novelle zu den latinischen Statuten überhaupt zu verwerfen. Dagegen wäre es eher denkbar, dass der Senat nebenbei auch die Erbfolge in den Nachlass freigeborener Junianischer Frauen regeln wollte. So weit reichte ohne Zweifel seine gesetzgebende Gewalt. Allein die Schwierigkeiten, die sich aus dem Inhalt des Orfitianum ergeben, sobald es auf Personen ohne römisches Bürgerrecht bezogen wird, haben doch hier kaum geringere Bedeutung wie im obigen Fall. Auf die Junianische Freigelassene endlich wurde das S. C. sicher niemals ausgedehnt. Die Behandlung der von solchen Liberten hinterlassenen Güter *iure quodammodo peculii*[30]) ist weder durch das Largianum (795 d. St.) beseitigt[31]) noch durch irgend ein späteres Gesetz. Die jüngste Nachricht[32]) über diesen Punkt steht in Justinians Institutionen III. 8 (Kr. 7), 4; sie lautet: *Latinorum legitimae successiones nullae penitus erant.*

---

[30]) Gai. III. 56.

[31]) Gai. III. 64 nennt die Ansicht des Juristen Pegasus, der das S.C. anscheinend so auslegen wollte, eine *sententia aperte falsa.* — Wie das Orfitianum in das Intestaterbrecht des Patrons einer *ciuis Romana liberta* eingriff, zeigt A. Schmidt Das Pflichtteilsrecht des Patronus S. 24—26 N. 53.

[32]) Vgl. noch Justinian Cod. 7, 6, 1, 13.

Den in unserer Liste genannten Senatusconsulten, die erweislich blos für Bürger bestimmt waren, könnte man leicht viele andere hinzufügen. So mit Rücksicht auf das oben S. 150, 151 Gesagte alle Ratsschlüsse, die sich mit dem Vormundschaftswesen beschäftigen (in Rudorffs R. R. G. Bd. I § 48); dann mehrere Novellen zu den Freilassungsgesetzen (Gai. I. 46, II. 276); das Trebellianum und Pegasianum, welche hergehören trotz der Nachricht bei Gai. II. 285; und neben zahlreichen privatrechtlichen auch einige, die ins Criminalrecht einschlagen, besonders das wichtige Silanianum unter Augustus und aus Tibers Regierung das S. C. bei Tacitus Annal. II. c. 85 gegen die *libido feminarum*, d. h. der Römerinnen. Um aber den Satz zu bekräftigen, dass der Senat der Kaiserzeit, wie vorher die Comitien, gewöhnlich nur das Privatrecht der Bürger ordnen wollte, dazu dürften die vorgeführten Beispiele ausreichen. Beschlüsse wie der *ex auctoritate Hadriani* gefasste über die Erstreckung einer Aelischen Norm auf die Peregrinen (Gai. I. 47) können die Regel gewiss nicht aufheben.

Endlich sei auch noch ein Wort gestattet zu einem S. C. wider die Sterndeuter und ähnliche Betrüger, das bisher unerwähnt blieb, weil es nicht privat- sondern strafrechtlichen Inhalts ist. Ulpian (Coll. XV. 2, 1) setzt es ins Jahr 770[33]) und berichtet, wie es scheint, im genauen Anschluss an den Urtext:

. . . *cauetur*, *ut mathematicis Chaldaeis ariolis et ceteris, qui simile inceptum fecerunt*, *aqua et igni inter-*

[33]) Nach Tac. Annal. II c. 32 und Dio LVII c. 15 wäre es um ein Jahr älter; vgl. Marquardt Staatsverwaltung Bd. III S. 93 N. 2, auch S. 91—94 (2. A.).

dicatur omniaque bona eorum publicentur, et si externarum gentium quis id fecerit, ut in eum animaduertatur.

Der Senat unterscheidet Römer und Fremde. Den Frevel der Ersteren ahndet er mit fest bestimmter Strafe, die Letzteren überliefert er der *animaduersio*. Was bedeutet dieser Ausdruck? Sind die Bürger mit den härtesten Übeln bedroht, so hatte der Fremde wahrscheinlich mit dem Leben zu büssen[34]). Der Gebrauch von *animaduertere* in diesem engeren Sinn ist denn auch sonst bezeugt; gewöhnlich aber vertritt das Wort einen weiteren Begriff. Somit hätte sich der Senat zum Mindesten zweideutig geäussert; er hätte den Beamten nur aufgegeben, gegen die Peregrinen mit aller Strenge einzuschreiten, während die Verfolgung der Römer an ein striktes Gesetz gebunden ward. Sollte diese Auslegung zutreffen, was freilich nicht feststeht, so wäre durch das S. C. von 770 aufs Neue einer der leitenden Gedanken der römischen Staatspraxis bestätigt: für die Bürger die Lex, für die Fremden das Imperium[35]).

---

[34]) Das ist auch Dios Auffassung, vorausgesetzt dass er überhaupt l. c. unser S.C. vor Augen hat. Indess wurden die *mathematici, Chaldaei* etc. thatsächlich nach wie vor 770 meist ausgewiesen (Belege bei Marquardt a. a. O.), und Tacitus Ann. II c. 32 lässt auch im J. 769 den Senat beschliessen *de mathematicis magisque Italia pellendis*. Wegen der daselbst erwähnten Todesurteile vgl. jetzt Mommsen in Sybels Ztschr. Bd. 64 S. 413 N. 1 (1890).

[35]) Dass der Senat schon im J. 568 d. St. die Bacchanalien zu unterdrücken sucht mit der Weisung an die Magistrate: *eeis* (d. h. Bürgern und Bundesgenossen) *rem caputalem faciendam censuere* (S.C. de Bacchanalibus Z. 25 — Bruns p. 152), darf man natürlich dem im Text Gesagten nicht entgegenhalten. Denn „diese vom Senat erteilten Directiven beziehen sich in republicanischer Zeit auf den einzelnen Fall und können nicht als legislatorische Acte angesehen werden.“ (Mommsen in Sybels Ztschr. Bd. 64 S. 412, 413).

§ 31. Die Gesetze für das stadtrömische Bürgergericht. — Legisactio und Judicium legitimum.

Es ist kaum nötig, besonders darzulegen, welchen Nutzen die Lehre vom Judicium legitimum aus den nun abgeschlossenen Erörterungen über das Wesen und die Tragweite der römischen Leges ziehen kann. Von den Anfängen der Stadt bis zum Eintritt der absoluten Monarchie sind wir der Volksgesetzgebung in Rom nachgegangen und haben Eines ermittelt. Zu allen Zeiten ist die Regel unwandelbar festgehalten, dass das Volk der Quiriten in seinen Versammlungen und später durch seinen Vertreter, den Senat, nur für sich Recht schafft, keineswegs für alle Welt; dass es Bürgerordnungen aufstellt, nicht Reichsgesetze. Von den Leges, auf denen der Privatprocess mit geschriebener Formel, das *iudicium* ruht und so zum *legitimum* wird, entstammt die ältere Aebutia der republicanischen, die jüngere Julia der Augusteischen Epoche. Beide gehen nur die Bürger an, ihre Bestimmungen greifen nur ein, wo *ciuis cum ciue per formulam* litigirt, zu Deutsch: wo zwischen Römern durch Übergabe der Formel ein Processverhältniss begründet wird. Weit entfernt Befremden zu erregen, erscheint uns jetzt die Schranke, die dem Aebutisch-Julischen Recht gezogen war, selbstverständlich, und Gaius' (IV. 104) Bemerkung, dass *legitima* blos solche *iudicia* seien, *quae inter ciues Romanos accipiuntur,* ohne Weiteres klar.

Unsere Schriftsteller hätten diese Nachricht längst verwerten sollen zur Entscheidung der noch immer bestrittenen Frage, ob die Peregrinen ihre Rechte mit römischen Legisactionen verfolgen konnten. Wer die Frage bejaht, bezieht

die Gesetze über das Spruchverfahren, vielleicht mit Ausnahmen, auch auf den Fremdenprocess[1]). Dadurch erwächst ihm aber die Pflicht, zu zeigen, weshalb die späteren Gerichtsordnungen, deren Anwendung unabhängig war von der Beschaffenheit der Actio, blos den Bürgerprocess regelten, während schon die älteren Gesetze umfassendere Geltung beansprucht hatten. Und gesetzt auch der Grund dieser unerklärlichen Erscheinung wäre gefunden, so taucht aus Gai. IV. 30 sofort eine neue Schwierigkeit auf. Nach dieser Stelle haben drei für Bürger gegebene Gerichtsordnungen die Legisactionen aufgehoben und „bewirkt, dass wir (d. h. wir Römer[2]) mit Schriftformeln litigiren". Mithin hätte Aebutius und Augustus nur seine Römer von der Legisactio befreit; die Fremden, mochten sie auch des Lateinischen unkundig sein, sollten noch weiter an die ihnen doppelt lästige Form gebunden bleiben. Wann und wie wäre also die Legisactio für die Peregrinen beseitigt? Etwa durch ein viertes Gesetz, von dem sich keine Spur erhalten hat? Ich denke das sind Annahmen, zu denen sich Niemand wird bekennen wollen. Übrigens bedarf es gar nicht der angedeuteten Ausnutzung von Gai. IV. 104 und 30, um die römische Legisactio als Sonderrecht der Bürger hinzustellen. Die verschiedenen *modi agendi* und

---

1) Nach Mommsen Stadtrechte S. 435 N. 129, dem Rudorff R R.G. Bd. II S. 76 N. 9 folgt, „wurden die Legisactionen durch magistratisches Imperium auf die Peregrinen angewandt." Wie ist das zu denken? Blieben sie Legisactionen trotz jener „Übertragung"? Im C.I.L. I p. 66 (ed. I) betont Mommsen lediglich die Fähigkeit der Fremden zur Legisactio; ebenso Keller Civilpr. § 12 a. E.; vgl. übrigens oben S. 88 N. 3. Neuestens erklärt Gradenwitz Ztschr. für R.G.R.A. Bd. XXII S. 193 das *lege agere* für zulässig in „Processen von Bürgern mit Nichtbürgern"; s. aber unten § 37 N. 8.

2) S. Eisele Abhandlungen S. 68.

die einzelnen Spruchformeln beruhten, wie schon der Name lehrt, auf Volksgesetzen[3]). Daraus aber folgt unmittelbar ihre Beschränkung auf Römer.

Um dieses Ergebniss zu sichern, ist noch zu erwägen, ob für die Gegenansicht irgend erhebliche Gründe vorliegen. Man beruft sich übereinstimmend auf Z. 23 der L. Acilia und auf Gai. IV. 31; neuestens hat Pernice[4]) Gai. IV. 37 hinzugefügt. Die genannten Gaianischen Stellen sind in diesem Werke bereits ausführlich besprochen; die eine im I. Bd. S. 202—205[5]), die andere

---

[3]) Zur Abwehr von Missverständnissen verweise ich auf mein Edict S. 93, 117.

[4]) Genauer: Pernice Ztschr. f. R.G.R.A. Bd. XX[2] S. 153, 154 führt Gai. IV. 37 an, um zunächst die Annahme eines Schriftformelverfahrens im Fremdengericht vor der L. Aebutia zu bekämpfen. Dabei ist wohl übersehen, dass die gesetzliche (Diebstahls-) Actio nicht aufhört, legitim zu sein, wenn mit ihr in Schriftform im praetorischen Fremdenprocess *(iud. i. c.)* agirt werden soll. Ist sie aber legitim, so kann sich der Fremde ihrer ohne Civitaetsfiction nicht bedienen.

[5]) Gradenwitz Ztschr. f. R.G.R.A. Bd. XXII S. 192, 193 tritt meiner Darstellung mit der Behauptung entgegen, der Fremdenpraetor habe vielleicht erst in der Kaiserzeit Zuständigkeit für Processe zwischen Bürgern und Nichtbürgern erhalten. Darum heisse er, wie Mommsen St.R. I S. 196, 197 darlegt, in republicanischer Zeit *praetor qui inter peregrinos ius dicit*, unter den Kaisern *pr. qui inter ciues et peregrinos i. d.* Ich brauche nicht zu zeigen, wie unwahrscheinlich diese Annahme ist. Sie ist erweislich unrichtig: vgl. Mommsen St.R. I S. 220 N. 2, meine P.G. Bd. I S. 52 N. 6. Gerade die Prorogationsnorm der L. Julia *iud.* (Dig. 5, 1, 2, 1) könnte den erwähnten Namenswechsel veranlasst haben. Pompon. Dig. 1, 2, 2, 28 geht vermutlich von dem Rechtszustand seiner Zeit aus, wenn er die Bezeichnung *pr. peregrinus* daraus erklärt: *quod plerumque inter peregrinos* (d. h. m. E. gleichviel ob eine oder beide Parteien peregrinisch sind) *ius dicebat.* Schon unter Hadrian mochten die Processe *inter ciues* vor dem Fremdenpraetor den Processen *inter peregrinos* die Wage halten. Dass in diesem Gerichte jemals die Judicia zwischen

oben S. 147—149. Ein Schluss auf die Legisactionenfähigkeit der Peregrinen ist nach dem dort Gesagten aus keiner von beiden zu gewinnen; Gai. IV. 37 bestätigt vielmehr sehr deutlich die eng begrenzte Tragweite der Leges. Auch Z. 23 des Repetundengesetzes ist aus dem Früheren schon bekannt (Bd. I. S. 106. 172, 205 N. 4). Bezeugt ist darin lediglich ein *sacramento agere ex lege Calpurnia et Iunia;* über den entscheidenden Punkt, ob diese Actio den Fremden gegeben war, fehlt jede Nachricht[6]). Nun sind wir aber auf Grund der obigen Untersuchung gewiss befugt, eine Sacramentsklage von Nichtbürgern für höchst unwahrscheinlich zu erklären. Dazu kommt noch ein ausdrückliches Zeugniss, das gerade diesen *modus agendi* betrifft, in Ciceros o. pro Caec. c. 33 § 97:

Cum Arretinae mulieris libertatem defenderem et Cotta decemuiris religionem iniecisset non posse nostrum sacramentum iustum iudicari, quod Arretinis adempta ciuitas esset, et ego uehementius contendissem ciuitatem adimi non posse, decemuiri prima actione non iudicauerunt; postea re quaesita et deliberata sacramentum nostrum iustum iudicauerunt.

Augenscheinlich hing der Spruch der Zehnmänner über die Rechtmässigkeit des Sacraments in erster Linie von der Entscheidung der Vorfrage ab, ob Sulla den Arretinern durch ein Gesetz das römische Bürgerrecht hatte entziehen können. Im Bejahungsfall war jede weitere Untersuchung des Standes der von Cicero vertretenen Frau überflüssig,

---

zwei Fremden überwogen, ist kaum glaublich. Die Inschrift im C. I. L. t. III nr. 6154 (p. 998) steht mit dem Gesagten nicht im Widerspruch.

[6]) Vgl. A. Schmidt Ztschr. f. R. G. R. A. Bd. XXII S. 139.

weil ihr, mochte sie auch frei sein, doch als Nichtbürgerin die Fähigkeit zum *sacramento agere* gefehlt hätte [7]). Caecina befand sich als Volaterraner [8]) in derselben Lage wie die Arretinerin. Sein Verteidiger sucht [9]) zunächst (c. 33 § 95, 96) die Ungültigkeit des Sullanischen Gesetzes darzuthun [10]) und beruft sich dann auf die öffentliche Meinung, die trotz dem Gesetz die davon Betroffenen in Processen und sonst überall als römische Bürger behandle:

*Iam uero in ceteris rebus ut omnes, qui in eadem causa sunt (*wie die *Arretina mulier), et lege agant et suum ius persequantur et omni iure ciuili sine cuiusquam aut magistratus aut iudicis aut periti hominis aut inperiti dubitatione utantur, quid ego commemorem? Dubium esse nemini uestrum certo scio.*

So konnte Cicero nur sprechen, wenn er die rechtliche Möglichkeit des *lege agere* von der Civitaet abhängig machte. Überdies erscheint in dem angeführten Satz das *lege agere* deutlich als ein besonders herausgehobener Fall des *iure ciuili uti,* mithin die Legisactio als Bestandteil des römisch-nationalen Rechts.

Wem das Alles nicht genügt zur Entkräftung der durch das Repetundengesetz erregten Zweifel, dem dürfte man schliesslich selbst die Peregrinenklage *ex lege Calpurnia et Iunia* als erwiesen einräumen, ohne dass es nötig wäre, weitere Schlussfolgerungen zuzugeben. Ein

---

7) Vgl. auch Voigt J. nat. Bd. IV. 2 S. 164.

8) Vgl. insbesondere Cic. de domo c. 30 § 79; dazu Mommsen R. Gesch. Bd. II S. 343, 344 (7. A.), St.R. III¹ S. 140.

9) In „sophistischer“ Weise, wie Mommsen St.R. III¹ S. 43 N. 2 mit Recht bemerkt.

10) Wodurch er zur Erörterung dieses Punktes geführt wurde, das zeigt am besten Cic. pro Caec. c. 7 § 18; vgl. übrigens die eingehende (doch anfechtbare) Darlegung von Keller Semestr. II p. 401 bis 408.

sacramento agere (Mehr ist auf der Tafel nicht zu lesen), d. h. ein Verfahren mit Wettsumme, ist nämlich wohl denkbar ohne begleitende Spruchformeln, die sich dem Wortlaut einer Lex anschmiegen[11]). Somit könnten der in der L. Acilia erwähnte und der von Gaius geschilderte Sacramentsprocess verschieden sein. Wären sie aber identisch, und wäre zugleich das Calpurnische und Junische Klagrecht der Fremden dargethan, — Zugeständnisse, die an der äussersten Grenze des Möglichen liegen, — so dürften wir doch nur vereinzelte Ausnahmen anerkennen, die weder den Grundsatz umstossen, dass die Lex blos für Bürger galt, noch den daraus abgeleiteten Folgesatz, dass die Legisactio zum Sonderrecht der Bürger gehörte.

Aus dem Vorstehenden ist leicht zu ersehen, wie nahe gerückt das Verständniss des Judicium legitimum allen Schriftstellern war, die mit Huschke den persönlichen Anwendungsbereich der Legisactio richtig bestimmt hatten. Bei Gai. IV. 30 fand man den geschichtlichen Zusammenhang des alten Rechtsgangs und des durch Gesetze eingeführten, insoweit also legitimen Verfahrens mit Schriftformeln aufs Deutlichste dargelegt. Das letztere sollte den von der Legisactio geräumten Platz einnehmen. So fehlte blos die Erkenntniss, dass das Wort *iudicium* den ganzen Process und nur den neuen Urkundenprocess vertritt, um einfach durch Zusammenstellung von Gai. IV. 30 und IV. 103, 104 zum Ziel zu gelangen. Aus IV. 30 musste man schliessen, dass der Aebutisch-Julische Rechtsgang als Nachfolger der ausschliesslich bürgerlichen Legisactio auch

[11]) So ist vielleicht Puchtas Äusserung im Cursus Bd. I § 80 N. e. (S. 193 — 8. A.) zu verstehen, die Pernice Ztschr. f. R.G.R.A. Bd. XX² S. 154 N. 1 tadelt.

nur *inter cives Romanos* stattfinden konnte[12]). Damit war aber ein Hauptmerkmal des jüngeren Legalverfahrens gefunden, welches in IV. 104 ausdrücklich dem *iudicium legitimum* zugeschrieben ist. Von hier aus hätte offenbar schon der nächste Schritt dahin geführt, das Aebutisch-Julische Recht und das bei Gai. IV. 103 genannte *legitimum ius*, auf dem die *iudicia legitima* ruhen, zu vernämlichen.

Die gleiche Anschauung haben wir auf anderem Wege, hauptsächlich durch Betrachtung des Sprachgebrauchs der Juristen, oben im ersten Capitel gewonnen. Ohne Zweifel bietet das Zusammentreffen am selben Punkt gute Gewähr wie für das Gewicht der dort vorgetragenen Gründe so für die Richtigkeit des Ergebnisses. Den hier angedeuteten zweiten Beweis eingehender zu entwickeln, liegt kein Bedürfniss vor. Nur die schon früher[13]) und jetzt wiederum gemachte Wahrnehmung, dass das Judicium legitimum die Erbschaft der alten Legisactio antrat, möchte ich besonders hervorheben, weil sie berufen ist, uns im Folgenden noch mehrfach Dienste zu leisten. Klar bezeugt ist, wie gesagt, das Nachfolgeverhältniss der legalen Processformen bei Gai. IV. 30. Daneben sind vornehmlich Stellen wichtig

---

[12]) Vgl. Puchta a. a. O. Bd. I § 83 (S. 205), § 163 (S. 481), P. Krüger Consumtion S. 28 N. 2 und S. 14.

[13]) S. Bd. I S. 37 N. 12, S. 240, Wlassak Litiscontestation S. 4 N. 1. Übrigens taucht der Gedanke, dass Legisactio und Jud. leg. zusammenhängen, flüchtig schon bei Schrader in d. Heidelb. Jahrbüchern d. Litt. von 1823 S. 959 auf; ähnlich Mayer L. C. I S. 149, Bruns Vat. Fragmente p. 94, Huschke Über das Recht des Nexum S. 187, Bethmann-Hollweg Civilprocess Bd. II S. 489 u. N. 23. Doch lassen Alle, ausser Mayer, gerade die Hauptstelle: Gai. IV. 30 unbeachtet; darum sagt auch Bethmann-Hollweg: „Ob die Lex Aebutia das Verbindungsglied mit der Legisactio bildete, steht dahin.“

wie: Gai. I. 184 und Ulp. XI. 24, ferner Ulp. XI. 27 und Paul. Fragm. Vat. 47, 47 a, 49. Hier zeigt sich überall Übereinstimmung des für das gesetzliche Verfahren der alten und der neueren Zeit in gewissen Stücken massgebenden Rechtes. Die erste Stelle (Gai. I. 184) berichtet von einem Streit unter den Juristen über die Frage, ob der besondere Tutor, den der Stadtpraetor ernannte, wenn sich im Spruchprocess Vormund und Mündel gegenüberstanden, zugleich mit den Legisactionen beseitigt sei:

quidam putant hanc speciem dandi tutoris in usu esse desiisse, aliis autem placet adhuc in usu esse, si legitimo iudicio agatur.

Die letztere Ansicht, der unter Anderen Cassius, Javolen, Pomponius und wohl auch Celsus huldigten[14]), behielt anscheinend die Oberhand. Daher konnte sie Ulpian[15]) in sein Regelbuch (XI. 24) aufnehmen:

Moribus tutor datur mulieri pupilloue, qui cum tutore

---

[14]) Belege: Ulp. Dig. 26, 1, 3 § 2—4, Javolen Dig. 26, 2, 24 und Pomp. Dig. 26, 1, 5, pr. Diese Fragmente sind interpolirt, was schon Giphanius (im Institutionencommentar pag. 95 — Argentorati 1611), gestützt auf § 3 I. de auct. 1, 21 (dazu Theoph.), erkannt hatte. Der *curator* ist statt des *tutor praetorius* eingefügt; vgl. auch Wissenbach Emblemata p 70—72, 74 (Halle 1736), Rudorff Vorm. Bd. I S. 394 N. 16, Lenel Pal. I p. 279 n. 3, II p. 124 n. 5, p. 1157 n. 1, 2, und über den Grund der Änderung Pernice Labeo Bd. I S. 230. Das *litem agere* der l. 3 § 2 D. de tut. (26, 1) haben Giphanius (Explanatio diff. leg. Cod. p. 462, 463 — Col. Plancianae 1614) und Andere (bei Bynkershoeck Observ. VII c. 13), zuletzt Hruza Über das lege agere pro tutela S. 35 durch *lege agere* ersetzt; Lenel Pal. II p. 1156 n. 5 richtig durch *lege aut legitimo iudicio agere* (arg. Ulp. XI. 24).

[15]) Vgl. auch Ulp. Dig. 27, 3, 9, 4, Paul. Dig. 26, 1, 4; dazu Giphanius und Wissenbach l. c. (N. 14), Bynkershoeck Observ. VII c. 13, der die Interpolation leugnet, Lenel Pal. I p. 1275 n. 7, 8, II p. 663. n. 2.

suo l e g e a u t l e g i t i m o i u d i c i o *agere uult,* . . . . *qui praetorius tutor dicitur, quia a praetore urbis dari consueuit.*

Die Entstehung einer Meinungsverschiedenheit ist gewiss nur erklärlich, wenn das Aebutische und Julische Gesetz Nichts über den Fall verordneten, wo nach altem Recht der Stadtpraetor einen Processtutor[16]) bestellt hatte. Wurde aber ein Gerichtsgebrauch, der mit den Legisactionen zusammenhing, von den Juristen durch Interpretation ins Judicium l e g i t i m u m übertragen, und in dieses allein, nicht in den praetorischen Rechtsgang, so muss wohl die Erwägung den Ausschlag gegeben haben, dass nur das l e g i t i m e Agiren *per concepta uerba* in die Stelle der Legisactio eingerückt war, und dass im Allgemeinen der jüngere Legalprocess, wo die neuen Gesetze nichts Anderes bestimmten, gleichem Recht unterliegen sollte wie der ältere.

Bedient haben sich die Juristen dieses Grundsatzes, der vielleicht auf eine Äusserung der Lex Aebutia und Julia gestützt wurde, an verschiedenen Punkten. Dafür zeugt Ulp. XI. 27:

Tutoris auctoritas necessaria est mulieribus quidem in his rebus: si l e g e a u t l e g i t i m o i u d i c i o *agant,* . . .

und Paul (lib. I. Man.) Vat. 47, 47a:

. . . *usus fructus* . . . *per do lego legatum et per* i n i u r e c e s s i o n e m *et deduci et dari potest. — Potest con-*

[16]) Vom Tutor praetorius ausgehend bekämpfte ich in meinen Krit. Studien S. 27—31 die herrschende Auffassung des Ulpianschen fr. 6 § 2 de tut. (26, 1). Mehr als früher bin ich jetzt von ihrer Unhaltbarkeit überzeugt; doch ebenso von der Unzulänglichkeit meiner eigenen Erklärung. Widerspruch hat Pernice erhoben in der Festgabe f. Beseler S. 53 N. 1.

stitui et familiae erciscundae uel communi diuidundo iudicio legitimo . . . ciuili actione constitui potest, non traditione, quae iuris gentium est.

Wenn es in den folgenden Paragraphen (48, 49; aus Paul. lib. I. Man.) heisst:

Ad certum tempus et in iure cedi et legari et officio iudicis constitui potest. — Ex certo tempore legari potest; sed an in iure cedi uel [an] adiudicari possit, uariatur; uideamus, ne non possit, quia nulla legis actio prodita est de futuro,

so ist ohne Zweifel beide Male an einen Teilungsspruch im Judicium legitimum gedacht.

§ 32. II. Der bürgerliche Richter im Judicium legitimum. — Die Decurien der „gesetzlich Judicirenden."

Von den Voraussetzungen des gesetzlichen Formelverfahrens in Ansehung der daran beteiligten Personen haben wir zuletzt noch die Civitaet des Geschwornen zu erörtern. Gefordert ist sie wiederholt von Gaius (IV. 104, 105, 109) in den oben S. 86, 87 besprochenen Sätzen; Andeutungen begegnen auch in l. 5 § 2 D. de cap. m. (4, 5) und l. 12 § 2 D. de iud. (5, 1) von Paulus, l. 13 pr. D. de uacat. (50, 5) und l. 2 pr. D. de R. I. (50, 17) von Ulpian, der das *iudicandi munus* ein *officium ciuile*[1]) nennt. Die beiden Letztgenannten setzen aber das Bürgerrecht des Richters nicht wie Gaius in Beziehung zum Judicium legitimum, sondern stellen es überhaupt als Bedingung des Geschwornendienstes hin. Deutlicher noch als aus den

[1]) Vgl. noch Paul. Dig. 5, 1, 78, Charis. Dig. 50, 4, 18, pr. u. § 14.

Pandekten ist der Ausschluss der Nichtbürger von den hauptstädtischen Richterdecurien aus dem Anauner-Edict[2]) des Kaisers Claudius (Z. 33) zu entnehmen und aus Plinius Nat. hist. XXXIII. 1 § 30:

Diuo Augusto decurias ordinante . . . iudicum quoque non nisi quattuor decuriae fuere primo, uixque singula milia in decuriis inuenta sunt nondum prouinciis ad hoc munus admissis, seruatumque in hodiernum est ne quis e nouis ciuibus in iis iudicaret[3]).

Zugelassen waren also blos die als Bürger Geborenen und in der Augusteischen Epoche selbst unter diesen nur Italiker[4]). Für die Zeit der Republik ergiebt sich das Erforderniss der Civitaet aus der bekannten Bemerkung des Polybius VI c. 17 § 7[5]) über das Vorrecht der Senatoren, in den meisten und wichtigsten Sachen das Urteil zu finden; ferner aus den Leges iudiciariae, die seit 632 die Schwurgerichte den Senatoren, den Rittern und Personen mit Rittercensus übertrugen, bald diesen bald

---

[2]) Im C.I.L. t. V nr. 5050 p. 538 (Bruns Fontes p. 224, 225); dazu Mommsen Hermes Bd. IV S. 117, Girard Textes p. 148.

[3]) Vgl. auch Seneca De benef. III c. 7 § 7, Plin. Nat. h. XIV. 1 § 5 (Detlefsen), Suet. II c. 32, V c. 15, Ulp. Vat. 197, 198 (Census und Kinderrecht der röm. Bürger!); Bethmann-Hollweg Civilproc. Bd. II S. 61, Mommsen St.R. III[1] S. 537, 538.

[4]) Mommsen verweist noch auf die Pompeianische Inschrift im C.I.L. t. IV nr. 1943 p. 125. Beseitigt ist die Unfähigkeit der Provincial-Römer schon unter Claudius: Suet. V c. 16; s. auch Plin. Nat. h. XXIX. 1 § 18, Hartmann-Ubbelohde Ordo I S. 353 N. 3.

[5]) Dazu Dionys II c. 14, IV c. 36; vgl. ferner Appian de b. civ. I c. 22 und die anderen bei Mommsen St.R. III[1] S. 530 N. 1 gesammelten Äusserungen über die L. Sempronia von 632. Neuerlichst bezweifelt Mommsen (St.R. III[2] S. 897 — anders noch II[1] S. 229 der 3. A.) die „Monopolisirung des Civilprocesses durch die Senatoren“, wenigstens für die „älteste Zeit“; s. auch B. Niese in d. Gött. g. Anz. von 1888 S. 966.

jenen, bald beiden Ständen zusammen[6]). Das erste Zeugniss allein kommt für Diejenigen in Betracht, welche es ablehnen, die Judiciargesetze des 7. Jahrhunderts auf die Privatgerichte mit zu beziehen[7]). Diese Gelehrten müssen aber die Fortdauer des alten Senatorenprivilegs annehmen[8]), und erachten also zum Geschwornendienst in gewissen Grenzen auch nur Bürger für befähigt.

Nach dieser Ermittelung ist die Frage kaum zu umgehen, ob etwa die Listenrichter und seit Augustus die Richter der vier, später fünf Decurien dieselben sind, aus deren Zahl der Praetor den notwendig bürgerlichen *unus iudex* für ein Judicium legitimum auswählen sollte. Wäre dem so, dann dürfte vielleicht die in einer spanischen Inschrift[9]) überlieferte Bezeichnung: *adlect(us) in V decuri[as le]gitumae Romae iudicantium* aus der Bestimmung des römischen Albums erklärt werden, den Richter für das legitime Judicium zu liefern.

Einen Zusammenhang dieser Art hat Mommsen zuerst in einer Mitteilung[10]) an Henzen behauptet. Etwas anders beurteilt er in der 2. Auflage des „Staatsrechts“[11]) die hauptstädtische Liste: „sie war massgebend teils für den Stadtpraetor bei dem *iudicium legitimum*, teils für die

[6]) Vgl. statt Aller Mommsen St.R. III[1] S. 527—539.

[7]) Vgl. aber Mommsen St.R. III[1] S. 528, Hartmann Ordo I S. 322—326, Wlassak P.G. Bd. I S. 175.

[8]) S. Puchta Instit. Bd. I § 154 nach N. v. (S. 444 — 8. A.). Wider Bethmann-Hollweg Civilpr. Bd. II S. 12, 59 vgl. unten N. 16.

[9]) Im C.I.L. t. II nr. 4223 Z. 10 pag. 568. Die in nr. 4617 (t. II p. 613) ergänzten Worte: *legitume Romae iudicantium* sind natürlich völlig unsicher.

[10]) Bei Orelli-Henzen Inscr. Coll. III p. 290 zur nr. 6467.

[11]) Bd. II[1] S. 221 (1877); vgl. II[2] S. 919 N. 4 (2. A.), Willems Droit public p. 456 (ed. VI).

sämmtlichen den einzelnen Quaestionen vorstehenden Magistrate, dagegen weder für die *iudicia quae imperio continentur* und die recuperatorischen noch für den Fremdenpraetor". Neuestens aber verwirft Mommsen[12]) die erwähnte Auffassung der Inschrift von Tarraco: sie „dürfe nicht auf das *iudicium legitimum* des Civilrechts bezogen werden. Auch der Peregrinenpraetor scheint seine Geschwornen aus dem Album genommen zu haben" (arg. Gell. XIV. 2, 1). Ob dieser Meinungswechsel durch eine inzwischen (1886) in Hartmanns „Ordo" veröffentlichte Abhandlung veranlasst ist, bleibt zweifelhaft. Ubbelohde, der Herausgeber des „Ordo", erkennt[13]) in den *legitime Romae iudicantes* „die unmittelbar kraft gesetzlicher Vorschrift bestellten, oder . . . die ordentlichen Geschwornen, im Gegensatz zu denjenigen, welche *ex consensu partium* bestellt werden, also die Geschwornen des *rerum actus*, des *album iudicum selectorum*, der Richterdecurien . . . Der Zusatz *legitime iudicantium* für einen Geschwornen der Decurien . . . ist in der That wo nicht überflüssig so doch als durchaus selbstverständlich, ohne Weiteres zu ergänzen". Mommsen kann nach seiner obigen jüngsten Äusserung nicht als Anhänger Ubbelohdes gelten, obwohl er[14]) jetzt mit Hartmann[15]) aus der Liste auch die Recuperatoren hervorgehen lässt. Die Worte der Inschrift sind in der 3. Auflage und in den letzten Bänden des „Staatsrechts" überhaupt nicht erläutert.

---

[12]) St.R. III[1] S. 529 N. 3 (1887).

[13]) S. 563, dazu S. 561—570 und Hartmann selbst l. c. S. 323, 324.

[14]) St.R. III[1] S. 529 N. 2 u. 3.

[15]) Ordo I S. 253—256, ebenso Ubbelohde bei Glück Ser. d. B. 43, 44 II S. 126, 234 (1890); dagegen Keller Civilpr. § 10 z. N. 161 (S. 49) und die dort Genannten.

Will man erforschen, was der a. a. O. den Decurienrichtern beigelegte, nirgends erklärte Name: *legitume Romae iudicantes* bedeutet, so scheint es unerlässlich, vor Allem genau und richtig zu übersetzen. Hiernach kann aber Ubbelohdes Auffassung gewiss nicht befriedigen; denn sie macht aus dem „volksgesetzlich richtenden“, namentlich „urteilenden“ Judex einen kraft gesetzlicher Vorschrift ins Album eingetragenen Geschwornen. Das ist nun keineswegs einerlei. Nach Legalvorschrift konnte Jemand richten, der nicht nach der subsidiären[16]) Ausleseordnung des Julischen Gesetzes zur Judication berufen war, insbesondere ein Bürger, der ausserhalb[17]) der *turba selectorum* stand, den aber Kläger und Beklagter einmütig als *unus iudex* erbeten hatten. Gai. IV. 104 verlangt ja für das Judicium legitimum Nichts weiter als einen

[16]) Dass nach wie vor der L. Julia auch eine im Album nicht verzeichnete Person Judex werden konnte, wenn die Parteien sie übereinstimmend vorschlugen, lehrt man mit Recht fast allgemein. Vgl. dafür insbesondere Gai. IV. 105 (unten S. 205 u. 209), Ulp. Dig. 42, 1, 57, Paul. Dig. 5, 1, 12, 2 (unten S. 206 N. 41), Zimmern Civilpr. § 9 S. 28, Puchta Instit. Bd. I § 154 N. u (S. 444), Keller Civilpr. § 9 S. 42, 43, § 10 S. 49, 50, Mommsen Ztschr. für Altertumswissenschaft I. Jg. (1843) Sp. 829 N. 46, St.R. III¹ S. 535 N. 3, Hartmann-Ubbelohde Ordo I S. 264—267, 563, Ubbelohde bei Glück Ser. d. B. 43, 44 II S. 552, 554; dagegen anscheinend Bethmann-Hollweg Bd. II arg. S. 63, 105, 109, 110 N. 89 (irrig Ubbelohde bei Hartmann a. a. O. I S. 265 N. 4 a. E.), Willems Droit public p. 461 (ed. VI); eigentümlich (der Arbiter nicht aus dem Album): Savigny Syst. Bd. V S. 103, 469, 646, Hartmann Ordo I S. 268—274, Schulin Gesch. d. R.R. S. 552, Ubbelohde bei Glück l. c. S. 204, 205, 218, 552, 554. Wie der senatorische Judex zur Zeit der Rittergerichte und der ritterliche zur Zeit der Senatorengerichte zu erklären sei, das versteht sich nach dem Gesagten von selbst; vgl. aber Keller a. a. O. § 10 N. 154 (S. 47, 48), Rudorff R.R.G. Bd. II § 10 N. 3 (S. 39), Bethmann-Hollweg oben in N. 8.

[17]) Dies verkennen Savigny Verm. Schriften Bd. II S. 432, 433, Kappeyne Abhandlungen S. 328.

Römer, weder einen in die Decurien Eingereihten noch sonst ein bestimmtes Ermittelungsverfahren vor der endlichen Einsetzung. Demnach gehörte jeder in Rom *inter ciues* irgendwie ausgewählte, vom Praetor förmlich zugelassene Bürger, den zuletzt die Parteien angenommen [18]) und hiedurch zum Richter bestellt haben, zu den *Romae legitume iudicantes*, insofern er nach der stadtrömischen Lex Julia [19]) judiciren musste. Wie der ein-

[18]) Die modernen Schriftsteller halten die drei im Text gesonderten Acte nicht aus einander. Der Zweck des Vorverfahrens ist die Auswahl (durch Sortition, Rejection, Vorschlag des Klägers u. dgl.). Dann folgt, unmittelbar vor der L. C., das förmliche *dare, addicere iudicem*, d. i. die praetorische Ernennung (Zulassung); endlich die Bestellung (Einsetzung) des Richters durch die Annahme (*capere, sumere, accipere*) unter den Parteien. Im Formularverfahren ist das *dare iudicem* ohne Zweifel ein Stück des *dare* (= Zulassung) *iudicium*. So wenig nun das letztere allein (s. Wlassak L. C. S. 27—33, 77) den Process zu begründen vermag, was vielmehr Sache der Litiganten ist, so wenig empfängt der Judex seine Vollmacht blos vom Praetor. Verweigern die Parteien oder der Beklagte die Litiscontestatio wegen des *Titius iudex esto* in der Formel, so ist Titius doch nicht Richter, trotz der praetorischen Ernennung. Demnach ist der Geschworne eigentlich erst „bestellt“, wenn die Parteien den vom Praetor „gegebenen“ Titius in bindender Weise angenommen haben. Hauptbelege: Cic. p. Cluent. c. 43 § 120, Jul. Dig. 5, 1, 74, 1, Gai. IV. 104, 105, 109 (oben S. 80, 81), Paul. V. 5a, 1, Ulp. Dig. 21, 1, 25, 8 (oben S. 38, 39). [Das Nämliche galt wohl auch unter der Herrschaft der L. Pinaria, Silia, Calpurnia (Gai. IV. 15, 18). Nur muss damals kraft gesetzlicher Bestimmung die Novationswirkung der L. C. suspensiv bedingt gewesen sein. Mit der Annahme des Richters nach Ablauf der 30 Tage war die Bedingung erfüllt.] Zu weit geht Mommsen im St.R. III[1] S. 528: „Die Bestellung des Geschwornen, falls sie nicht, wie das im Civilverfahren gewöhnlich war, durch Vereinbarung der Parteien überflüssig wurde“ . .; ebenso Schulin Gesch. d. röm. Rechts S. 552. Der Judex (anders der Schiedsrichter) bedarf immer des praetorischen Decrets; s. Keller Civilpr. § 9 zur N. 141 u. Mommsen selbst im St. R. I S. 228, wo der Geschworne als „niederer Gehülfe“ erscheint, den der Praetor „einsetzt.“

[19]) Der Geschworne, der, durch legitimen Processvertrag bestellt, ein processualisches Volksgesetz zu Grunde legt (vgl. Gell. XIV.

fache Wortsinn ergiebt, passt der Name vollständig, gleichviel, ob der Geschworne aus dem Album oder anderswoher genommen ist. Ubbelohde[20]) kann das nur leugnen, weil er die gesetzlich geregelte Auswahl und die Thätigkeit des bestellten Richters verwechselt. Die tarragonische Inschrift dürfte er zu seinen Gunsten nicht anführen, weil die Berufung der in die Liste Eingetragenen zur „legitimen Judication" das Vorkommen anderer Judices, die ebenfalls „gesetzlich richten", keineswegs ausschliesst.

Andererseits gebührt durchaus nicht Jedem, der aus der gesetzlichen Liste und nach gesetzlicher Ordnung ausgewählt ist, die für Decurienrichter gebrauchte Bezeichnung. Durch das Augusteische Edict[21]) betreffs der Wasserleitung von Venafrum Z. 65—69 ist ein Capitel der *[lex q]uae de iudicis priuatis lata est,* d. h. der stadtrömischen[22]) Lex Julia, bekannt geworden, welches die *reciperatorum reiectio* zwischen Kläger und Beklagten und wohl das ganze vorbereitende Verfahren, auch die Thätigkeit des Praetors (*sortitio?*) regelte. Sehr möglich, dass ausserdem noch der Personenkreis, aus dem die Recupera-

---

2, 1) judicirt *legitume.* Dies allein ist entscheidend; gleichgültig ist die Beschaffenheit der Formel. Daher kann zu den *legitume iudicantes* auch ein Richter gehören, dem die Parteien eine praetorische *formula in factum concepta* edirt haben. Umgekehrt judicirt der Geschworne im *iud. imp. continens* niemals *legitume,* auch wenn die Formel legitim ist. Beweis dafür das *iudicium legitimum* (dem offenbar der *legitume iudicans* entspricht) mit *formula in factum* und das *iud. imp. continens* mit einer Formel, *quae in ius habet intentionem*: Gai. IV. 107, 106, 109.

[20]) A. a. O. S. 563 Abs. 2 a. E.

[21]) C. I. L. t. X nr. 4842 p. 480, Bruns Font. p. 224; vgl. Bd. I S. 185 N. 23.

[22]) Das zeigt der Zusammenhang: Z. 64—69 des Edictes (Bruns p. 223, 224). Es ist von einem Verfahren in Rom vor dem Peregrinenpraetor (Z. 65) die Rede.

toren hervorgehen sollten, im Julischen Gesetz irgendwie umgrenzt war. Dessen ungeachtet ist nach Gai. IV. 105, 106, 109 jeder mit recuperatorischer Formel geführte Process in der Begründung sowohl wie in der weiteren Entwickelung ein *iudicium imperio continens.* Mithin richtet ein Geschwornencolleg dieser Art, obwohl es nach Legalnormen gewählt ist, nicht nach *legitimum ius*, sondern nach Amtsrecht. Um das recuperatorische Verfahren legitim zu machen, dazu hätte es der volksgesetzlichen Regelung des Begründungsactes, d. h. der Litiscontestatio[23]), bedurft, während Augustus sich damit begnügte, einen Vorgang zu ordnen, der dem Abschluss des Processvertrags voraufgeht und das Judicium blos vorbereitet.

Wir sehen also, dass Vorschlag und Rejection der Recuperatoren für den einzelnen Process nach gesetzlichen Bestimmungen erfolgte, ohne dass doch ihre Judication selbst eben solchen Vorschriften unterworfen war. Sind aber die Recuperatoren nicht begriffen unter den *legitume Romae iudicantes*, so haben sie auch keinen Zusammenhang mit den

---

[23]) Erhält der vom Praetor Zugelassene (*datus*) seine Richtergewalt erst später durch die Streitbefestigung (s. oben N. 18), so ist die Legitimitaet (die volksgesetzliche Regelung) dieses Actes (nicht der magistratischen „Ernennung", wie Mommsen St.R. I S. 635 annimmt) massgebend für die Stellung des Geschwornen überhaupt. Insofern erscheint also jeder durch gesetzlichen Processvertrag Berufene als *legitume iudicans.* Nur als solcher hatte er auch die Macht, eine *ex lege* contrahirte Processobligation durch seinen Spruch aufzulösen. Indess wird ein Gesetzgeber, der die L.C. ordnet, kaum dabei stehen bleiben, sondern wird Bestimmungen auch über das weitere Verfahren erlassen. Bezüglich der L. Julia *iud. priuatorum* trifft das jedenfalls zu: Gell. XIV. 2, 1, Ulp. Dig. 5, 1, 40, 1 — 5, 1, 15, 1 — 2, 12, 6 (Bd. I S. 174 N. 4).

Decurienrichtern; denn das Verzeichniss dieser[24]) Judices liefert laut der Inschrift von Tarraco blos die „gesetzlich Richtenden".

Von den Magistraten, die sich des Albums bedienten, kommt in erster Linie der Stadtpraetor, neben ihm in der Kaiserzeit auch der Fremdenpraetor in Betracht. Für den ersteren bildet die Auswahl aus den Decurien die Regel, für den letzteren dagegen die Ausnahme. Die Liste ist eben wie für alle, so auch blos für die legitimen Processe bestimmt, nicht für recuperatorische und andere *iudicia quae imperio continentur*. Demnach hatte der Peregrinenpraetor den Geschwornen nur in dem Fall aus dem Album der gesetzlich Richtenden zu nehmen, wenn ihm, seit der Lex Julia[25]), durch Prorogatio fori die Einleitung eines Verfahrens *inter ciues* zufiel. Durch diesen Umstand erklärt sich auch sein Zusammenwirken mit dem Praetor urbanus bei der Anfertigung eines Auszugs[26]) aus der kaiserlichen Urliste. Kunde davon giebt Gell. XIV. 2, 1:

---

[24]) Die Frage, ob es in Rom ein besonderes Album für *iudicia quae imperio continentur*, gab, (nicht blos ein Recuperatoren-Album, da auch im Fremdenprocess ein Einzelrichter urteilen konnte: Gai. IV. 105) ist durch das Obige nicht berührt. S. Karlowa R.R.G. Bd. I S. 457, anders E. Huschke Analecta p. 240, 241, Voigt J. naturale II S. 193 (dazu aber N. 187 über den „späteren" Recuperationsprocess), Ubbelohde Ordo I S. 562. Nachweisbar sind Verzeichnisse, aus denen man Recuperatoren entnahm, nur in den Provinzen: arg. Gai I. 20, Ulp. I. 13a, Plin. Ep. X. 66 (Keil 58) [Ulp. Dig. 40, 2, 16, pr. kann sich auf Rom beziehen, „*iudices*" kann echt sein; vgl. Lenel Pal. II p. 930 n. 6, auch Anton. Carac. Cod. J. 7, 1, 1], dazu Dernburg Heidelb. kr. Ztschr. Bd. I S. 464, Degenkolb Lex Hieronica S. 31—34, Mommsen St.R. II[1] S. 231 N. 3.

[25]) Ulp. Dig. 5, 1, 2, 1 (Bd. I S. 125).

[26]) S. Mommsen St.R. III[1] S. 538 z. N. 4, S. 531, anders Hartmann-Ubbelohde Ordo I S. 335 N. 85.

Quo primum tempore a praetoribus lectus in iudices sum ut iudicia, quae appellantur priuata susciperem, . . .

Dieser Worte wegen hält Ubbelohde, dem hier Mommsen (zögernd) folgt, insgemein auch den Peregrinenpraetor für gebunden an das Album *iudicum* und erachtet demgemäss die Geschwornen der „im *rerum actus* verhandelten *iudicia imperio continentia*" ebenfalls für *legitime iudicantes*. Beides ist sicher falsch und nur darum behauptet, weil sich eine andere Deutung der von Gellius behaupteten Thatsache nicht darzubieten schien[27]). Wer aber dem oben im I. Bande S. 202—204 Ausgeführten zustimmt[28]), kennt bereits den Grund, weshalb die Sonderliste für die legitimen *iudicia priuata* nicht vom Stadtpraetor allein aufzustellen war. Ohne Zweifel hat dasselbe Gesetz, welches den Fremdenpraetor im Fall der Prorogation zum *ius dicere inter ciues* und damit zur Einleitung von meist legitimen Processen berief, folgerecht auch die Bildung des genannten Specialalbums in die Hände beider Gerichtsherren gelegt.

In dem bisher Gesagten ist der Kreis der in Rom „gesetzlich Judicirenden" noch keineswegs erschöpft. Vielmehr gehören dahin auch die Centumvirn und die zahlreichen Richter der *quaestiones publicae*, deren Thätigkeit nicht weniger auf processualischen Volksgesetzen beruhte, wie die Judication der im Privatprocess unter Bürgern auftretenden Einzelgeschwornen. Was zunächst die Gerichtsbarkeit der „Hundert" betrifft, so ist deren Legitimi-

---

[27]) Ubbelohde Ordo I S. 564: . . „ich vermöchte nicht zu sagen, wie sich von der entgegengesetzten Voraussetzung aus hier die Mitwirkung des Peregrinenpraetors erklären liesse."

[28]) S. A. Schmidt Ztschr. f. R.G.R.A. Bd. XXII S. 141, 142.

taet stillschweigend wohl allgemein zugestanden[29]). Nicht blos die Zusammensetzung der Centumviralliste erfolgte nach volksrechtlichen Normen, sondern, was allein entscheidend ist, auch die Bestellung zur Judication im einzelnen Process. In welcher Weise hier die Parteien das ihnen vom Praetor zuerkannte Gericht annahmen[30]), um so die Streitbegründung zu vollenden, das ist an anderem Orte zu untersuchen. Nach Gai. IV. 31 wurde in Sachen, welche die Hundertmänner beurteilen sollten, nicht *per formulas* litigirt, sondern *sacramento lege* agirt; mithin kam solcher Streitbefestigung der Name: *iudicium*[31]) *legitimum* nicht zu. Trotzdem müssen wir die Centumvirn als legitime Richter gelten lassen, weil der Parteienact[32]), der sie, im Anschluss an die Legisactio[33]), zur Judication im Einzelfall berief, sicherlich durch das Julische Gesetz geregelt war, ebenso wie ihre Urteilsfindung[34]).

Eine andere Frage ist es, ob das Verzeichniss der „Hundert" auf dieselbe Art aus dem Album *iudicum* ausgezogen wurde wie die Sonderliste der legitimen *iudices priuati*, und ob das erstere überhaupt in einem Abstammungsverhältniss zur grossen Urliste stand. Während Mommsen[35]) völlige Unabhängigkeit der Centumvirn von dem Haupt-

---

[29]) Ausdrücklich von Ubbelohde Ordo I S. 564, doch nicht in dem oben entwickelten Sinne.

[30]) Diese von den Neueren ausser Acht gelassene Frage beantwortet der jüngere Plinius in einem bekannten Briefe: V. 1.

[31]) S. oben S. 13, 51—56.

[32]) Vgl. S. 197 N. 18.

[33]) Im Formelverfahren dient der Parteienact, der die Legisactio ersetzt (das Geben und Nehmen der Streiturkunde) auch der Richterbestellung.

[34]) Was die Lex Julia sonst über das Centumviralgericht bestimmte, das ist im I. Bd. S. 177—179, 207 angedeutet.

[35]) St.R. II[1] S. 231 u. N. 2, III[1] S. 530 N. 4.

verzeichniss annimmt, ohne die republicanische und die Nachjulische Zeit zu unterscheiden, hat sich Ubbelohde[36]) jüngst für das Gegenteil ausgesprochen. Uns berührt dieser Streitpunkt nicht weiter. Nur möge man aus der hier behaupteten Legitimitaet des Gerichtes der „Hundert" nicht den Schluss ziehen, dass Mommsens Ansicht durchaus zu verwerfen sei. Wenn der Einzelgeschworne des privaten Judicium legitimum nicht notwendig ein Decurienrichter sein musste, so steht auch dem Nichts im Weg, die Centumviralliste unabhängig zu denken von dem allgemeinen Verzeichniss der „gesetzlich Richtenden".

Eine feststehende Thatsache ist die Besetzung der Geschwornenbänke in den Quaestionen mit den ins Album *iudicum* eingetragenen Bürgern[37]). Seit Augustus sind die Strafsachen den Richtern der drei ersten Decurien vorbehalten[38]). *Legitume iudicantes* heissen sie mit vollem Recht, da ihre Bestellung und ihre Spruchthätigkeit für jede einzelne Quaestio durch ein besonderes Volksgesetz geordnet ist. Wie den Criminalgeschwornen so gebührt das Praedikat der Legitimitaet auch den auf volksrechtlicher Grundlage ruhenden Criminalprocessen. Diese sind, nach dem Bd. I S. 34, 35 Bemerkten, nicht weniger wahre *iudicia legitima* wie die privaten, von denen Gai. IV. 103—109 handelt. Wer, wie vormals Mommsen, die letzteren allein zur Erklärung des in der Inschrift von Tarraco gebrauchten Ausdrucks heranzieht, täuscht sich über den Charakter der Gaianischen *iudicia legitima*, indem er Ab-

---

36) Ordo I. S. 564—568.

37) Belege sind entbehrlich; für die Kaiserzeit vgl. Mommsen St.R. III[1] S. 528 N. 1.

38) S. Bd. I S. 175.

sonderliches hinter einem Namen sucht, der, unbefangen übersetzt, das einfache Wesen der Sache sofort enthüllt hätte.

Wie das Gesagte zeigt, deckt sich meine Ansicht über die „gesetzlichen Richter“ der kaiserlichen Urliste mit keiner der auf S. 194, 195 mitgeteilten Auffassungen. Am weitesten ist sie von Dem entfernt, was Ubbelohde und was neuestens Mommsen für richtig hält; am nächsten kommt sie der in die 2. Auflage des „Röm. Staatsrechts“ aufgenommenen Lehre. Die Abweichung von dieser betrifft zwei Punkte. Einerseits war nach meiner Meinung zuweilen auch der Fremdenpraetor an das Album *iudicum* gebunden; andererseits ist die im Fall des Judicium legitimum eintretende Gebundenheit weder beim Urban- noch beim Peregrinenpraetor schlechthin durchgeführt. Auf Antrag der Beteiligten konnten beide Gerichtsherren römischen Parteien einen Bürger als Judex zuerkennen, dessen Name nicht im Album stand; die Gesetzlichkeit des Verfahrens und des Schwurgerichts war dadurch nicht aufgehoben[39]).

Damit ist auch Antwort gegeben auf die oben S. 194 gestellte Frage: das Erforderniss der Civitaet des Geschwornen im Judicium legitimum fällt n i c h t zusammen mit dem nur bedingten Gebote der Auswahl des Richters aus dem Album. Allerdings sind alle in die Liste Eingetragenen notwendig B ü r g e r und alle Listenrichter in dieser Eigenschaft[40]) nur für g e s e t z l i c h e Processe bestimmt. Allein es giebt ausser ihnen noch andere „gesetzlich Richtende“ und demgemäss

---

[39]) Kappeyne Abhandlungen S. 328 ist vermutlich anderer Ansicht.

[40]) Natürlich war der Decurienrichter nicht unfähig, nebenher amtsrechtlich zu judiciren. T h a t s ä c h l i c h mochten es häufig die nämlichen Personen sein, welche hier und dort das Urteil sprachen.

auch legitime Processe, wenigstens Privatprocesse, mit einem Judex, der zwar aus der Bürgerschaft, nicht aber aus dem Album genommen ist. Letzteres haben wir für die Kaiserzeit erschlossen aus dem Stillschweigen des Gaius IV. 104, 105, der eben blos das Erforderniss der Civitaet kennt. Wer etwa geneigt ist, unserem Gewährsmann Ungenauigkeit vorzuwerfen, dem dürfte man die unleugbare Befugniss der Beteiligten entgegenhalten, zur Judication *inter ciues* statt des römischen einen peregrinischen Einzelrichter (Gai. IV. 105) oder ein Recuperatorencolleg zu berufen. Es ist kaum denkbar, dass in der Reihe der Möglichkeiten gerade das Gericht des bürgerlichen, nicht auf der Liste stehenden *unus iudex* gefehlt habe. Ob dieses Gericht legitim war oder praetorisch, das allein könnte zweifelhaft sein, falls keine Nachricht vorläge. Gaius aber belehrt uns dreimal: in IV. 104, 105, 109. Wie seine Beschreibung des Judicium *legitimum* (104, 109), so wäre auch die des Judicium *imperio continens* (105, 109) als irrig zu verwerfen, wenn das Aebutisch-Julische Recht einen Geschwornen aus der Liste vorausgesetzt hätte. Indess haben wir in der That nicht den geringsten Grund, dem alten Juristen gegenüber die besser Unterrichteten zu spielen. Eher möchte ich, gestützt auf Gaius, die Vermutung vertreten, dass im Julischen Gesetz die Wahl zwischen den Richtern des Albums und anderen Bürgern ausdrücklich freigegeben war.

In weiterem Umfang als hier angenommen wurde begegnet anscheinend das Erforderniss der Civitaet für den Geschwornen in den oben S. 192 erwähnten Pandektenstellen. Paulus und Ulpian fassen den Geschwornendienst überhaupt als *officium ciuile* auf. Dass sie blos an die

Decurienrichter oder an die legitim Judicirenden denken, davon ist Nichts zu bemerken[41]). Freilich können ihre Äusserungen im ursprünglichen Zusammenhang beschränkteren Sinn gehabt haben als in der abgerissenen Überlieferung, die uns vorliegt. Indessen sind wir nicht gezwungen, eine Justinianisirung der Originalstellen anzunehmen, um sie in Einklang zu bringen mit Gai. IV. 105:

Imperio continentur (iudicia) . . . quae sub uno iudice accipiuntur interueniente peregrini persona iudicis aut litigatoris.

Wenn diesen Worten zufolge die Parteien, und selbst streitende Bürger, einen peregrinischen Richter erlangen konnten, so ist doch die Judication von Fremden, wenigstens in Rom, zweifellos eine seltene Ausnahme gewesen. Die römischen Magistrate hatten natürlich das Bestreben, überall, auch in den Provinzen[42]), die Spruchthätigkeit möglichst den Bürgern vorzubehalten, zumal in Processen, wo ein Römer Partei war. Demgemäss ist auch, wie die Pandekten zeigen, eine geordnete Verpflichtung zum Geschwornendienst römischerseits blos für Bürger anerkannt. Den Bundesgenossen gegenüber wären Zwangsmassregeln ohne besonderen Staatsvertrag unzulässig gewesen, und auf die Mitwirkung der Unterthanen mochte man ebenfalls verzichten, sofern nur römische Bürger in ausreichender Zahl zur Verfügung standen. Nun war aber

---

[41]) L. 12 § 2 D. de iud. (5, 1) von Paulus ist nur verständlich, wenn sie nicht auf die Decurienrichter bezogen wird; wenn es Fälle gab, wo Diejenigen, *qui iudicis dandi ius habent*, von der Liste absahen; vgl. auch Hartmann-Ubbelohde Ordo I S. 266.

[42]) Über Sicilien, das besonders begünstigt war (s. Mommsen St. R. III[1] S. 749 N. 1), berichtet Cic. in Verr. II c. 13 § 32; vgl. ferner Cic. ad Att. VI. 1 § 15, VI. 2 § 4 (S. 127).

das Vorrecht der Römer, in legitimen wie in amtsrechtlichen Processen zu urteilen, praktisch gewiss nur durchzusetzen, wenn eben so weit auch die Verpflichtung zur Judication reichte. Demnach muss wohl das *iudicandi onus*, wie es für römische Bürger bestand, die Spruchthätigkeit in den *iudicia quae imperio continentur* mit umfasst haben. Eingehend geregelt war der Geschwornendienst nachweislich [43]) in der hauptstädtischen Lex Julia *priuatorum*. Dass die einschlägigen Bestimmungen blos die Bürger angingen, steht ausser Frage; dass sie nur die Judication in legitimen Processen betrafen, ist höchst unwahrscheinlich, da das Augusteische Gesetz auch von der Bildung der Recuperatorencollegien handelte [44]), die nach Gai. IV. 105 dem amtsrechtlichen Privatprocess eigentümlich waren. Eben so wenig wird man das praetorische Edict [45]) bei Ulpian l. 18 pr. D. de iud. (5, 1), l. 13 pr. § 3 D. de uacat. (50, 5) über die Excusation des schon ernannten [46])

[43]) Ulp. Fragm. Vat. 197, 198, dazu Bd. I S. 175—177, 180, 183, 184.

[44]) Ed. Venafr. Z. 65—69 (oben S. 198).

[45]) S. Rudorff R.R.G. Bd. II S. 40 zur N. 15, Lenel Edict § 64 S. 135; auch Keller Civpr. § 11 z. N. 178.

[46]) Nach Ulp. Dig. 5, 1, 18, pr. u. 50, 5, 13, 3 findet das im Edict in Aussicht gestellte Excusationsverfahren auf Verlangen des bereits „gegebenen" Richters („*iudex datus*") statt. Ulp. D. 50, 5, 13, pr. ist mit dieser Annahme wohl vereinbar (die *excusatio in perpetuum* kann nicht Mehr bedeuten als: Entbindung für das Amtsjahr des Praetors) und bildet keine genügende Stütze für die anscheinend abweichende Ansicht Rudorffs (vermutlich auch Lenels — s. die vorige Note). Den Decurienrichtern musste man gestatten, Entschuldigungsgründe, die seit der letzten kaiserlichen Listenrevision entstanden waren, vor den einzelnen Gerichtsmagistraten geltend zu machen. Fraglich ist nur, ob die Befreiung bei der Aufstellung der Sonderlisten oder bei der Berufung zur Judication im einzelnen Fall erbeten wurde. Wahrscheinlich ist für die vom Stadt- und Fremdenpraetor ausge-

Privatrichters auf die gesetzlich Judicirenden beschränken dürfen, während die ausschliessliche Beziehung auf Römer[47]) feststeht. Sonach haben wir unbedenklich mit Paulus und Ulpian die Civitaet als regelmässiges Erforderniss des Geschwornendienstes in allen stadtrömischen Processen anzusehen.

Unmöglich war freilich die Judication eines Peregrinen keineswegs, selbst nicht in Rom. Eintreten mochte sie, wie in Sicilien[48]), besonders in Processen gegen Beklagte peregrinischen Standes. Römern aber, die den fremden Judex mit dem Verzicht auf die Vorteile der Legitimitaet des Verfahrens erkauften, wird der Praetor ein solches Gericht nur ganz ausnahmsweise bewilligt haben. Vermutlich verlangte er nicht blos übereinstimmenden Antrag der Parteien, sondern betreffs der vorgeschlagenen Person auch den Nachweis ihrer Geneigtheit zu judiciren.

---

wählten Geschworenen nur das Letztere anzunehmen. Bei Personen, deren Namen nicht auf der Liste standen, ist auch etwas Anderes gar nicht denkbar. Sollte übrigens das Dasein eines eigenen Albums der Richter in amtsrechtlichen Processen bejaht werden (s. o. S. 200 N. 24), — dieses Album hätten wir, von Rechtswegen wenigstens, unabhängig zu denken von der kaiserlichen Urliste — so wäre hier am ehesten ein Excusationsverfahren vor der Ernenung im einzelnen Fall am Platz gewesen. Schliesslich sei bemerkt, dass die Worte *quo minus . . . ad iudicandum* (oder *iudicio*) *operam dare possit* (sie fehlen bei Lenel-Bruns Font. p. 194, 195 — ed. V) gut bezeugter Text des Edictes sind. Bei Ulpian kehren sie viermal wieder und — was entscheidend ist — auch bei Cic. Brut. c. 31 § 117. (Wegen der daselbst erwähnten „Dreiherrn", die über die Pflicht zu judiciren erkannten, vgl. Mommsen St.R. II[1] S. 600). Möglich ist es freilich, dass auch Gerichtsgesetze sich derselben Wendung bedienten.

[47]) Ulp. Dig. 50, 5, 13, pr.: . . . *ut certum sit eum ciuilia negotia subire non posse* . . .

[48]) Vgl. oben S. 206 N. 42.

Erst durch die Übernahme des Richtergeschäftes[49]) unterwarf sich der Fremde freiwillig dem magistratischen Zwang, der für jedes Staatsgericht unentbehrlich war, und dem bekanntlich auch der *arbiter ex compromisso* nach Massgabe des praetorischen Edictes[50]) unterlag.

Wie weit sich mein Versuch, das Gewicht des oben (S. 206) aus Gaius entnommenen Satzes zu bestimmen, der Wahrheit nähert, muss dahingestellt bleiben. Die dürftige Überlieferung gestattet keine verlässlichen Behauptungen. Trotzdem ist die kurze Bemerkung des Gaius über den hauptstädtischen *iudex peregrinus* von recht erheblichem Werte. Das Wichtigste darf ich nochmals hervorheben. Es ergiebt sich sofort aus der Vergleichung unserer Nachricht mit Z. 33 des Anauner-Edictes oder mit Plin. Nat. hist. XXXIII. 1 § 30 (S. 193). Ich meine die völlig gesicherte Thatsache, dass in Rom Privatprocesse vorkamen, in denen das Urteil nicht von einem Decurienrichter gesprochen wurde sondern von anderen Personen, die nicht einmal des Bürgerrechts teilhaft sein mussten. Mithin hat es ohne allen Zweifel Fälle gegeben, wo die Gebundenheit der Praetoren an das kaiserliche Richteralbum hinwegfiel. Diese Wahrnehmung war einer der festen Punkte, von denen meine Untersuchung ausging.

Das Erforderniss des bürgerlichen Judex im legitimen Verfahren bedarf in éiner Richtung noch der Aufklärung. Im Bisherigen haben wir es behandelt als etwas

---

[49]) Ulp. Dig. 50, 5, 13, 3 sagt: *adgnoscendo iudicium* und (*si*) *susceperit iudicium.*

[50]) In Lenels Edictum § 48 S. 103.

Gegebenes, ohne nach dem Wie und Wann der Entstehung zu fragen. Hierüber giebt auch Gaius keine Auskunft; nicht minder schweigen die übrigen Quellen. Freilich scheint die Antwort auf den ersten Blick sehr nahe liegend. Wenn Römer unter einander stritten, so sollte auch der Geschworne ein Römer sein, kein Fremder. In der That eine Vorschrift, die der Rechtfertigung fast eben so wenig bedarf wie die andere, dass der Römer Ansprüche gegen Mitbürger vor dem heimischen Beamten verfolgen soll. Indess tauchen doch Schwierigkeiten auf, sobald man versucht, den Satz genauer festzustellen, der uns hier beschäftigt.

War es ein Befehl, den die Lex dem Rechtspflegemagistrat erteilte, unter Römern immer einen Spruchrichter aus der Bürgerschaft zu geben? Dreierlei hätte das Gesetz dem Beamten aufgegeben: die Zulassung eines Schwurgerichts (statt der eigenen Entscheidung), die Ernennung eines Einzelrichters, die Auswahl des Judex aus der Zahl der Bürger. Nur mit der Civitaet des Richters haben wir es an diesem Ort zu thun. Doch ist es nicht möglich, diesen einen Punkt zu erörtern, ohne vorläufig auch die beiden anderen mit zu berühren.

Was nun die aufgeworfene Frage anlangt, so ist schon auf S. 72—74 wider Mommsen und Pernice Stellung genommen. Eine unbedingte Pflicht des Magistrats, im Bürgerprocess die Urteilsfällung éinem Mitbürger zu überlassen, kann weder die Lex Aebutia noch die Lex Julia festgesetzt haben. Wegen des Julischen Gesetzes ist einfach auf Gaius (IV. 105) zu verweisen, der unter der Herrschaft eben dieses Gesetzes die Judication eines Peregrinen im stadtrömischen (amtsrechtlichen) Bürgerstreit für zulässig

erklärt. Hinsichtlich der Aebutia lässt uns die Überlieferung leider im Stich. Doch ist daran wenigstens nicht zu zweifeln, dass der bürgerliche Einzelrichter schon vor Augustus zu den „Erfordernissen“ des Judicium legitimum gehörte, die ja insgesammt Erbstücke aus Voraebutischer[51] Zeit sind. Hätten im Julischen Recht die überkommenen Grenzen des gesetzlichen Processes nicht bleiben sollen wie sie waren, so wären sie im Jahr 737 keinesfalls verengt sondern im Gegenteil erweitert[52] worden. Misslicher ist der Mangel eines Zeugnisses[53] aus republicanischer Zeit für das — jedenfalls seltene — Vorkommen eines peregrinischen Richters in Rom. Diese Lücke weiss ich nur auszufüllen durch Ciceros Berichte über die zu seiner Zeit, also in der Aebutischen Epoche, im hauptstädtischen Bürgerprocess urteilenden Recuperatoren.[54] Mit einem Gebot der Lex Aebutia, durchaus römische Einzelrichter zu ernennen, wäre die Judication von Recuperatoren ebenso unverträglich gewesen wie die eines allein richtenden Peregrinen.

---

[51]) Vgl. das oben S. 188—192 über den engen Zusammenhang des legalen Spruch- und Schriftformelprocesses Gesagte.

[52]) Besonders nahe lag es (s. oben S. 198), den Recuperatorenprocess unter Bürgern dem Legalrecht zu unterwerfen; vgl. aber unten § 37 a. E. Ganz anders Puntschart Grundgesetzliches Civilrecht S. 121, Rectoratsrede von 1879 S. 61 und in der Kritischen Vierteljahrsschrift Band XXVIII S. 528: Augustus habe für die Judicia legitima das „neue Erforderniss des *iudex unus*“ aufgestellt. Diese Ansicht scheitert, von Anderem abgesehen, an den klaren Zeugnissen über den *unus iudex* im ältesten Legalprocess: Bd. I § 11 S. 131—136, 143, 144, 151 und Bd. II § 36.

[53]) „Mangel“, das will sagen: ich habe Nichts gefunden trotz wiederholtem Suchen; vgl. übrigens Cic. Phil. V c. 5.

[54]) S. oben S. 73, 74.

Hat demnach keine der neueren Gerichtsordnungen den Praetor schlechtweg verpflichtet, im Formelprocess blos Einzelgeschworene aus dem Kreis der Gemeindegenossen zu geben, so kann doch die Ernennung des *iudex ciuis Romanus* eine der Voraussetzungen gewesen sein, von denen die Anwendbarkeit der Aebutisch-Julischen Normen abhing. In welcher Weise des römischen Richters in unseren Gesetzen Erwähnung geschah, das lässt sich natürlich nicht sicher ermitteln. Denkbar aber wäre z. B. folgender Satz:

Wenn der in Rom zur Rechtsweisung unter Bürgern berufene Praetor *(praetor qui inter ciues Romae ius dicet*[55]) oder dessen Stellvertreter[56]) die erbetene (postulirte) Schriftformel genehmigt und einen Geschworenen aus der Bürgerschaft gegeben hat *(iudicium iudicem . . . dederit*[57]), wenn ferner das *iudicium* zwischen den Parteien angenommen und dadurch der Streit befestigt ist *(inter eum qui aget eumque cum quo agetur iudicium accipietur lisue contestabitur*[58]), dann soll das in solcher Gestalt begründete Processverhältniss *(iudicium factum*[59]) [im Allge-

[55]) Vgl. L. agrar. v. 643 Z. 73, 74. — Den Peregrinenpraetor brauchte die L. Julia hier nicht zu nennen. Wenn er unter Bürgern Recht sprach, dann war er eben *pr. qui inter ciues i. d.* Ausser Betracht lasse ich die Curulaedilen.

[56]) Vgl. Mommsen St.R. I S. 672, 673 u. S. 660, 661; dazu Wlassak P.G. Bd. I S. 94 z. N. 20.

[57]) Vgl. L. agrar. v. 643 Z. 30, 34, 35, L. Julia mun. Z. 44, 45.

[58]) Vgl. L. Rubr. c. XX Z. 48, dazu Wlassak Litiscontestatio S. 28, 29.

[59]) Vgl. Cato de r. r. c. 149 in f., Fragm. Atest. Z. 8, 9, L. Rubr. c. XX Z. 22, 23, 32, 33.

meinen][60]) einer mittels Legisactio contrahirten Lis gleichstehen[61]).

Die hier blos erwähnte Richterernennung war wohl in einem voraufgehenden Capitel näher geregelt. Selbst die schon durch ältere Ordnungen dem Beamten auferlegte Pflicht, einen Judex zu geben, konnten die Reformgesetze wieder einschärfen; nur lautete ihr Gebot gewiss nicht unbeschränkt, sondern nur bedingt. Am ehesten möchte ich in beiden Gerichtsordnungen ein Gebot vermuten, dessen Geltung an den Antrag des Klägers oder des Beklagten gebunden war. Bei dieser Annahme würde das Auftreten von Recuperatoren und peregrinischen Richtern im Bürgerstreit (neben dem Aebutischen *unus iudex*) keine Schwierigkeiten machen. Der Stadtpraetor wäre in der Lage gewesen, ohne Gesetzverletzung, auf besonderen Wunsch der Parteien statt des römischen Einzelrichters in Streit-

---

[60]) Dies schalte ich ein, um nicht Unrichtiges zu behaupten, wohl wissend, dass sich die Lex so nicht ausgedrückt hat. Zur Erläuterung sei vorläufig Folgendes bemerkt: die Aebutia hat den Schriftformelprocess legalisirt nicht blos für die Geltendmachung legitimer Actionen (hier concurrirt Legisactio u. Jud. leg.), sondern auch praetorischer Ansprüche (s. Bd. I S. 166). In den Fällen der letzteren Art verhinderte die Beschaffenheit des Processmittels — die *formula in factum concepta*, Gai. IV. 107 — die völlige Gleichstellung des alten und des neuen Legalprocesses.

[61]) D. h. es soll dieselben Wirkungen haben wie die Legisactio. Vielleicht war Dies gesagt mit den stereotypen Worten (vgl. Demelius Rechtsfiction S. 48, 49): *siremps lex res ius causaque (omnibus omnium rerum) esto, atque uti esset esseue oporteret, si* . . [L. Rubr. c. XX Z. 10, c. XXII Z. 40; kürzer L. Urson. c. 95 in f.], denen wir noch in Gesetzen der Kaiserzeit begegnen [L. Quinct. de aquaed. v. 745 Z. 33, 34 (Bruns Font. p. 113); dazu die jüngst gefundene Lex Narbonensis Z. 21 im C.I.L. t. XII nr. 6038 p. 864, 865]. Für wahrscheinlicher erachte ich übrigens die blosse Legalisirung (ohne Gleichsetzung mit L.A.): *ius ratumque esto* (L. Rubr. c. XXI Z. 21).

sachen *inter ciues* ein Schwurgericht zu bewilligen, welches sonst nur im Fremdenprocess zu judiciren pflegte.

Die letzte Frage ist nun die, wie es kam, dass die Bestellung eines bürgerlichen Judex zur Voraussetzung ward für den Eintritt des legitimen Formelprocesses, m. a. W. für die Anwendung des Aebutischen Rechtes? Nach meinem Dafürhalten ist es ohne Weiteres oder doch im Hinblick auf Polybius VI c. 17 § 7 (S. 193, 194) erlaubt, das Erforderniss des heimischen Geschworenen in die „Epoche der Legisactionen" zu übertragen. Damit soll der quiritischen Urzeit keineswegs jeder friedliche Verkehr mit nichtrömischen Nachbarn abgesprochen werden. Ein blos auf sich gestelltes Rom ist ein wenig glaubhaftes Phantasiegebilde. Gerade die ältesten Ansiedler auf den Höhen des Palatin und Esquilin und auf dem Quirinal werden in engerer Gemeinschaft mit den latinischen Stammesgenossen gelebt haben als die späteren Bürger der allmälich gross gewordenen Stadtgemeinde. Niemals aber haben die Mauern der einzelnen Städte und die Kriege unter ihnen den Zusammenhang der Nation dauernd und völlig zerrissen. Römer und Latiner stehen sich zwar seit der Auflösung der mit Recht oder Unrecht sog. Gauverfassung als Fremde gegenüber; allein ihr Bundesverhältniss hat einige Reste der ursprünglichen Stammesgemeinschaft bewahrt, und ist daher allezeit verschieden gewesen von den mehr willkürlichen Foederationen zwischen Rom und nicht latinischen Peregrinen [62]).

Trotzdem kann es gewiss nicht befremden, dass für Privatprocesse zwischen Quiriten von jeher bürgerliche Richter gefordert wurden, seitdem es überhaupt eine ab-

---

[62]) Vgl. auch Mommsen St. R. III[1] S. 607—609, 628—644.

geschlossene römische Gemeinde mit Sondergesetzen gab[63]). Der Judex ein Genosse der streitenden Parteien: dieser Satz bedarf gar keiner besonderen Begründung; das Gegenteil wäre unverständlich. Wir wissen ja, welchen Wert die alten Völker auf den einheimischen Richter legten, der ihnen ein Kennzeichen war der Autonomie ihres Gemeinwesens[64]). Zudem hatte in Rom der Geschworne das Urteil nicht blos aus seiner Überzeugung heraus zu finden, sondern die Streitsache nach feststehenden allgemeinen Normen zu entscheiden. Das Recht aber, welches er im Bürgerprocess handhaben sollte, hatte grösstenteils nur für Römer bindende Kraft. Um nun die Anwendung dieses Jus civile zu sichern, war es fast unerlässlich, die Judication einer Person zu übertragen, die demselben Rechte unterstand wie die Parteien, von der man so am ersten die Kenntniss[65]) und die Beobachtung der Legalordnung erwarten durfte.

Sonach empfiehlt es sich wohl, das Erforderniss des römischen Richters für die Voraebutische Zeit aus einer zwingenden Rechtsvorschrift herzuleiten. Selbst die Möglichkeit der Entkräftung dieses Gebots durch einmütigen Antrag der Parteien ist sehr zweifelhaft. Nicht etwa deshalb, weil einstmal die Legisactio die allein herrschende Processform war. Diese verbreitete Vorstellung[66])

---

[63]) In diesem Zeitpunkt ist die Rechtsgemeinschaft zwischen Rom und Latium grundsätzlich gelöst. Seitdem sind die Latiner Fremde; vgl. oben S. 104 N. 30, S. 139 N. 28, S. 179 N. 29.

[64]) S. oben S. 127.

[65]) Vgl. Cic. Phil. V. c. 5 § 13: . . . *num Latine scit? num est ex iudicum genere et forma? num, quod maximum est, leges nostras moresue nouit?*

[66]) Vgl. z. B. Ubbelohde in dem erst vor Kurzem ausgegebenen

ist höchst unsicher; der Fremdenprocess — eine Art Judicium *imperio continens*, zunächst ohne Schriftformel — kann in Rom leicht eben so alt sein wie das Gerichtsverfahren unter Bürgern. Hier aber steht jene besondere Anwendung des amtsrechtlichen Judiciums in Frage, die wir nur aus Gai. IV. 105 kennen: der Bürgerstreit vor einem peregrinischen Richter. Nun dürfte es kaum Widerspruch finden, wenn ich behaupte, dass der honorarische Process einem so aussergewöhnlichen Fall zu Lieb gewiss nicht erfunden ist. Zuerst werden die Magistrate ein gesetzloses Verfahren zugelassen haben, wo das Bedürfniss am dringendsten und die legitime Actio schlechthin ausgeschlossen war: in Streitsachen also zwischen Römern und Fremden. Auch der stadtrömische Bürgerprocess mit Recuperatoren reicht wohl nicht weit zurück in die alte Zeit[67]); vielleicht ist er jünger als die Lex Aebutia. Noch später aber werden wir die Ernennung peregrinischer Einzelrichter im Process zwischen Römern ansetzen dürfen. Mochte auch der Magistrat nicht unbedingt verpflichtet sein, Bürger oder gar Senatoren[68]) zur Judication zu berufen, so ist doch thatsächlich der Vorschlag eines Fremdengerichts schwerlich aufgetaucht, und

---

Teil II des Glückschen Commentars d. Bücher 43, 44 S. 318, 319, dazu S. XI Z. 110: „Zeit des ausschliesslichen Legisactionenprocesses;" ebenso Eisele in der Ztschr. f. R.G.R.A. Bd. XVIII S. 199.

[67]) Wider O. E. Hartmann Ordo I S. 241—263 (s. P.G. Bd. I. S. 21 N. 3) hat sich inzwischen auch A. Schmidt Ztschr. f. R.G.R.A. Bd. XXII S. 133, 134 N. 3 ausgesprochen. Die Gegengründe sind m. E. schlagend und unanfechtbar.

[68]) Ein Senatoren-Monopol bezeugt Polyb. VI c. 17 nicht; s. oben S. 193, dazu Mommsens Äusserung oben S. 193 in N. 5 und das S. 196 N. 16 Gesagte. Der Rückschluss auf den Rechtszustand vor den Judiciargesetzen scheint mir wohl gerechtfertigt.

wäre der Antrag gestellt worden, so hätte der Beamte die Parteien mit Fug beschieden, ohne seine Mitwirkung ein Schiedsgericht einzusetzen.

Belege darf man freilich für das Gesagte nicht verlangen. Es sind Vermutungen, die eine Lücke ausfüllen und dazu dienen sollen, die gut beglaubigte Begrenzung des Judicium legitimum zu erklären. Entsprechen sie diesem Zweck in genügender Weise, so gewinnen sie eben dadurch einigen Halt. Und wirklich ist der bürgerliche Judex als Voraussetzung für die Geltung der Lex Aebutia durchaus verständlich, wenn zur Zeit der Erlassung dieser Gerichtsordnung das Urteil zwischen streitenden Römern immer oder so gut wie immer von Mitbürgern gefällt wurde. Ist doch nach unseren Nachrichten (Gai. IV. 11, 30, Gell. XVI. 10, 8) das Reformbedürfniss lediglich bei dem alten Processmittel hervorgetreten. Dieses, die Legisactio, sollte durch ein anderes ersetzt werden. Im Übrigen war eine Umgestaltung nicht beabsichtigt. Daher fügte die Lex Aebutia die Schriftformel eben in dasjenige Verfahren ein, welches damals in Rom *inter ciues* allein vorkam, d. h. in den Process mit Bürgergericht. Zudem hatte man zweifellos nicht den geringsten Anlass, das Erforderniss des quiritischen Judex aufzugeben und gerade in dieser Richtung die Herrschaft des Volksrechtes über den Privatprocess zu erweitern. Nur darin mochte sich eine Änderung vollziehen, dass der Magistrat nach der neuen Gerichtsordnung keinesfalls schlechthin verpflichtet war, bürgerliche Richter zu ernennen. In den Reformgesetzen muss das einschlägige Gebot notwendig bedingt[69]) gelautet haben. Daneben aber

[69]) S. oben S. 213, 214.

hat der Imperativ des alten Rechts eine noch gründlichere Umbildung in der oben (S. 210) näher bezeichneten Weise erfahren: aus dem alten Befehl ist eine Voraussetzung des neuen Legalverfahrens geworden. Demnach unterlag der Bürgerprocess den Vorschriften der Aebutia und Julia nur dann, wenn die Parteien mit Genehmigung des Praetors einen Römer zum Geschworenen bestellten. Nur der bürgerliche Richter erhielt seine Vollmacht durch legitime Streitbefestigung; nur er war Judex *legitimus* und demgemäss allein im Stande, ein nach Volksrecht gültiges Urteil zu sprechen.

§ 33. III. Die Beschränkung der Gaianischen Judicia legitima auf Rom. — Der gesetzliche Privatprocess in den römischen Landstädten.

Von den Julischen Judiciargesetzen ist das eine in der Überschrift des 3. Capitels als „stadtrömische“ Gerichtsordnung des Augustus bezeichnet. Das betonte Wort will sagen: der Kaiser habe ein Gesetz gegeben, welches lediglich die in Rom unter Bürgern begründeten Privatprocesse betraf. Das wichtigste Zeugniss für diese Thatsache bietet Gai. IV. 104:

Legitima sunt iudicia quae in urbe Roma uel intra primum urbis Romae miliarium .... accipiuntur; eaque ⟨e⟩ lege Iulia iudicia⟨ria⟩, nisi in anno et sex mensibus iudicata fuerint, expirant.

Die in Klammern gesetzten Buchstaben sind von den meisten Herausgebern dem handschriftlichen Text eingefügt. Nur Kappeyne[1]) will das überlieferte *iudicia* bei-

[1]) Abhandlungen z. röm. Staats- und Privatrecht S. 328.

behalten und verbindet es mit *e lege Iulia* statt mit *ex-pirant.* Natürlich muss er folgerecht auch dem Sprichwort: *e lege Iulia litem anno et sex mensibus mori* den Sinn unterlegen: „nicht jeder Process verjährt innerhalb 18 Monaten, sondern (nur) jede lis e lege Julia". Beides ist nach meinem Ermessen unstatthaft. Solchen Styl dürfen wir dem Juristen nicht zumuten. Wer selbst prüfen will, wie Gaius den Ausdruck *ex lege* in den Institutionen verwendet, der mag jene 34 Stellen ansehen, die in meinem „Edict" S. 52, 53 gesammelt sind. Nirgends ist es zweifelhaft, dass die fraglichen Worte zum Verbum gehören. Erscheint also Kappeynes Deutung unhaltbar, so ist auch die Notwendigkeit einer Textänderung dargethan. Entweder müssen wir in dem Satz, der mit *eaque* beginnt, *iudicia* tilgen, oder mit Studemund-Krüger und Anderen *iudiciaria* lesen. Letzteres empfiehlt sich besser, weil es der geringere Eingriff ist; im Übrigen kommt wenig darauf an, wie die Entscheidung ausfällt, während die Annahme von Kappeynes Vorschlag manche Schwierigkeit zur Folge hätte.

Nach dem richtig verstandenen Texte vermeidet es Gaius l. c., dem Augusteischen Gesetz die Grundlegung der Judicia legitima zuzuschreiben. Wäre er anderen Sinns gewesen, so musste die Julische Gerichtsordnung schon in der Definition des § 103 (IV) genannt werden statt des unbestimmten *ius legitimum.* Wie ungeschickt wäre es auch, der Lex Julia nur gelegentlich, bei der Verjährung, zu gedenken, wenn dieses Gesetz den Begriff des Judicium legitimum geschaffen oder ihn doch neu gestaltet hätte. Sind aber die Grenzen des „gesetzlichen Verfahrens" (der *legis actio*) schon durch ältere Gerichtsordnungen festge-

stellt, und ist insbesondere das *iudicium*, d. h. das Verfahren mit Streiturkunden, schon durch die Aebutia legalisirt, dann erweist sich Gaius' Darstellung, die durch Cic. p. Flacco c. 21 § 50[2]) bestätigt ist, als völlig genau und das *ius legitimum* im § 103 als allein zutreffender Ausdruck.

Hiernach ist in dem oben (S. 218) abgedruckten Text Folgendes gesagt: „Judicia legitima sind diejenigen, welche unter Bürgern in der Stadt Rom oder in der Bannmeile begründet werden. Eben diese Judicia sollen nach einer Bestimmung der Lex Julia in 18 Monaten verjähren.“ Die örtliche Beschränkung auf Rom ist also in der Augusteischen Gerichtsordnung zwar festgehalten, keineswegs aber durch sie erst eingeführt.

Dagegen spricht denn auch von vornherein die Wahrscheinlichkeit. Nach dem Abschluss des Socialkriegs, seitdem Italien in Rom aufgegangen war, musste sich das Bedürfniss geltend machen, den Privatprocess vor allen italischen Gerichten einheitlich zu regeln. Den Plan, — wenn er je bestand — die italische Rechtspflege ganz und gar in der Hauptstadt zu vereinigen, konnten einsichtige Männer unmöglich vertreten. Hatte man doch bereits im 5. Jahrhundert, als die kleine Bürgerschaft noch auf engerem Gebiete sass, die Aussendung von Praefecten (*iure dicundo*) nach verschiedenen Punkten der Halbinsel für nötig erachtet und damit das Monopol der Hauptstadt verworfen[3]). Das

---

[2]) Der Temnite Heraclides contrahirt in Rom einen Process mit dem röm. Senator C. Plotius, den ein Römer (Q. Naso) entscheiden soll. Da Letzterer geneigt ist, den Plotius frei zu sprechen, *Heraclides* (der peregrinische Kläger) *ab eo iudice abiit et, quod iudicium lege non erat, causam totam reliquit.* Ein unzweideutiges Zeugniss für das Aebutische Jud. legitimum!

[3]) Vgl. Mommsen R. Gesch. Bd. I S. 421, 422, 434, 543 (6. A.),

Äusserste, was erreichbar schien, war die Verweisung der wichtigeren Sachen nach Rom, der geringeren vor die Behörden der Municipien. Durchgeführt ist anscheinend diese Massregel für ganz Italien unter Augustus' Regierung. In der *altera Iulia* bei Gai. IV. 30 dürfte das Gesetz gefunden sein, welches die Legisactio in den römischen Landstädten durch die Schriftformel ersetzte, welches den Einklang herstellte zwischen dem municipalen und dem stadtrömischen Process und die Jurisdiction der Ortsobrigkeiten abgrenzte gegenüber der volleren Gerichtsbarkeit der Reichsmagistrate[4]). Trifft aber diese Vermutung zu, dann sind für die Julische Zeit *iudicia legitima*, die blos *in urbe Roma* vorkommen, keine Erscheinung mehr, die sich befriedigend aus den beschränkten Zielen der römischen Gesetzgebung ableiten liesse. Gab es doch nach unserer Hypothese, spätestens seit 737, auch jenseits des ersten Meilensteins Formularprocesse, die auf einer römischen Lex beruhten, denen also der Name: *iudicia legitima* nicht versagt sein konnte[5]). So müssen wir denn fragen, weshalb der Kaiser dem Volke zwei Gesetze vorlegte, das eine für Rom das andere für die Municipien; weshalb Gaius und wohl alle Juristen unter dem „gesetzlichen Process" ohne Weiteres den stadtrömischen verstehen, und wie das Verschweigen der Municipalprocesse in den Gaianischen Institutionen zu rechtfertigen sei?

St.R. I S. 191, 223, II[1] S. 228, 608—610, III[1] S. 581, 582, 813, 815, 818, Beloch Der ital. Bund S. 132—134.

[4]) S. Bd. I S. 190—201 und meine Misc. II in d. Ztschr. f. R.G.R.A. Bd. XXII S. 383—385, auch Ubbelohde bei Glück Ser. d. B. 43, 44 II S. 368 (1890).

[5]) S. Bd. I S. 34, 35, 37, 272.

Die Antwort ist oben bereits angedeutet. Die eine, nur für Rom bestimmte Gerichtsordnung ist keineswegs das erste Volksgesetz dieser Art. Augustus hat das von Gaius allein erwähnte Judicium legitimum offenbar vorgefunden als eine festgewurzelte Einrichtung und darum nicht gezögert, die Lex Aebutia zu ersetzen durch eine eigene Lex von ganz gleichem Zuschnitt: durch die stadtrömische Julia. Indess wurde daneben durch ein zweites Gesetz das municipale Legalverfahren mit Schriftformeln ins Leben gerufen. Dass bis dahin in den Landstädten Italiens nirgends ein Process auf Grund römischer Gesetze bestand, wäre sicher zu Viel behauptet[6]). Neu aber mochte der Gedanke des Kaisers sein, alle Municipalgerichte der Halbinsel ein und derselben Lex zu unterwerfen. Das allgemein-italische Judicium legitimum in geringeren Sachen scheint in der That eine Schöpfung des ersten Princeps zu sein, während der hauptstädtische, sachlich unbegrenzte Legalprocess zurückweist auf die Aebutia und betreffs der Voraussetzungen, unter denen er eintritt, noch weiter auf die Gerichtsordnungen der Voraebutischen Zeit. Augenscheinlich verliert ja der Satz, dass die Römer Processgesetze hatten, die sich auf ein einziges Gericht bezogen, dessen Sitz in Rom war, mehr und mehr das Befremdliche, je weiter wir zurückgreifen in die Vergangenheit. Je geringer die Zahl der Bürger, je kleiner das von ihnen bewohnte Gebiet, desto begreiflicher die Verweisung Aller vor éin Gericht. Und ebenso natürlich erscheint für die alte Zeit die Feststellung des Processorts hinter den Mauern der führenden

---

[6]) Zu diesem Schlusse führen schon die römischen Gerichtsgesetze für das cisalpinische Gallien aus dem Anfang des 8. Jahrhunderts: das Atest. Fragm. und die L. Rubria; s. unten S. 227—233.

Stadt, dort, wo man feindlichen Überfall am wenigsten zu fürchten hatte.

Wenn Augustus zunächst um deswillen auf die Vereinigung der für den haupt- und landstädtischen Process bestimmten Ordnungen im selben Gesetz verzichtete, weil der erstere bisher stets besonders geregelt war, so fehlte es auch sonst nicht an triftigen Gründen, welche für die Trennung ins Gewicht fielen. Eine hierauf bezügliche Ausführung findet sich im I. Bande S. 193, 194; sie ist hier nur in Erinnerung zu bringen. Nach dem Plane des Kaisers mussten die Gerichte und zum Teil auch der Process in den Municipien anders beschaffen sein als in Rom. Daher hätte die Zusammenfassung des ganzen Rechtsstoffes in éinem Gesetz keinen Gewinn gebracht; sie wäre im Gegenteil unpassend und verwirrend gewesen, weil es sich um Vorschriften bald für Staatsbeamte bald für Localbehörden handelte.

Der Begriff des Judicium legitimum, den die Schriftsteller der Augusteischen Zeit von ihren Vorgängern überkamen, war dem Gesagten nach gewiss der aus Gaius und Ulpian (XI. 24) bekannte. Als nun zu dem alten ein neues „gesetzliches Verfahren“ hinzutrat, zu dem stadtrömischen das municipale, wäre es verkehrt gewesen, die beiden Begriffe zu verschmelzen. Nach der Lage der Dinge mussten die Juristen zwischen dem volksrechtlichen Process in Rom und dem ebenfalls volksrechtlichen Verfahren in den Landstädten unterscheiden, mithin dem Ausdruck *iudicium legitimum*, der ja geeignet war, jeden gesetzlichen Rechtsgang in Privat- wie in Strafsachen[7]) anzuzeigen, bald diese bald jene Bedeutung beilegen.

[7]) S. Bd. I S. 35.

Ganz analog ist nach dem Bericht Ulpians XI. 3 die Art, wie man vom *legitimus tutor* Gebrauch machte. *Per eminentiam* hiess so der Zwölftafel-Vormund, daneben aber überhaupt jeder Tutor, *qui ex lege aliqua descendit.* Welches Judicium nun den Klassikern *per eminentiam* für legitim galt, das kann nicht zweifelhaft sein, wenn man erwägt, was sie in ihren Schriften hauptsächlich behandeln. Vorerst nur römisches, nicht latinisches und anderes Peregrinenrecht; sodann vorwiegend Privatrecht und was damit enger zusammenhängt, nicht Strafrecht und Strafprocess; endlich fast überall nur gemeines Recht, dessen Anwendbarkeit sich auf alle römischen Gerichte erstreckte, und in Ermangelung eines solchen das Recht der *urbs Roma*[8]), nicht aber die besonderen Ordnungen der Municipien und Colonien.

Begreiflich wurden diese Grenzen in kurzen Lehrbüchern[9]), die für Anfänger bestimmt waren, mehr als anderswo eingehalten. Was Gaius anlangt, so liebt er es, hie und da fremdes Recht zur Vergleichung heranzuziehen; dagegen schliesst er in den Institutionen das römische Partikularrecht völlig aus. Die Jurisdictionsverhältnisse stellt er so dar, wie sie in Rom waren und nirgend sonst im Reich[10]); oder besser: er stellt sie dar, wie sie massgebend

---

8) Vgl. Julian Dig. 1, 3, 32, pr., auch Proc. Dig. 1, 18, 12.

9) Die Edictscommentare mussten auf das Verhältniss der Reichsbeamten zu den Localbehörden eingehen. Paulus hat eine Schrift verfasst: *ad municipalem* (Ind. Flor. nr. 43, Vat. 237, 243) und berücksichtigt die Municipalmagistrate auch in seinen Sentenzen.

10) Diesen Standpunkt wählte verständiger Weise nur ein Jurist, der in Rom lehrte und schrieb, unmöglich ein „Rechtslehrer in Troas, der seine Schriften zunächst für den dortigen Localunterricht bestimmte" (Mommsen in Bekkers Jahrb. d. gem. Rechts Bd. III S. 12). Ist es denn glaublich, dass Gaius seinen Troern kein Wort von den heimischen Duumvirn sagte? Alles, was Mommsen gegen die Lehr-

waren für die äusserst geringe Zahl von Römern, bei denen Staats- und Ortsbürgerrecht zusammenfiel, weil sie ausser der „gemeinsamen“ keine andere Heimat hatten [11]). Darum nennt Gaius nur Reichsmagistrate, in erster Linie überall den Praetor, d. h. den Praetor *urbanus* [12]), neben ihm zuweilen den Praeses *prouinciae* [13]) oder als vornehmsten Statthalter den Proconsul [14]), niemals [15]) aber die Localbehörden der Municipien [16]). Dem entsprechend ist auch in IV. 104 als Judicium legitimum blos das stadtrömische ins Auge gefasst. Wenn dann sofort (IV. 105) als *iudicia imperio continentia* diejenigen bezeichnet sind, *quae-*

---

thätigkeit des Gaius in der Hauptstadt anführt, ist, wie ich anderswo zu zeigen hoffe, unstichhaltig. Huschkes und Dernburgs Widerspruch hat leider wenig gefruchtet. Immer wieder gelingt es, neue „Provincialismen des Asiaten“ aufzuspüren. So hat jüngst (1890) H. Erman Ztschr. f. R.G.R.A. Bd. XXIV S. 259 N. 2 den *iudex* und die *prouincia* (*Italia*) in III. 125, 121 a, 122 beanstandet. M. E. verwendet der Jurist beide Ausdrücke in der ursprünglichen Bedeutung, wie die alte Vorlage, deren Benutzung auch sonst nachweisbar ist. Wegen des *iudex* vgl. oben S. 53 N. 3—5, wegen der *prouincia Italia* die Annalisten bei Livius, Sallust (Jug. c. 27 § 3), Paul. Dig. 40, 2, 15, 5 u. A., auch oben S. 156, 157.

[11]) Vgl. Mommsen St. R. III¹ S. 780, 781, 786—790.

[12]) So steht im c. 22 der L. Rubr. *praetor* wiederholt (II Z. 42, 45, 48, 50) ohne Zusatz = Bürgerpraetor; vgl. auch Ulp. XI. 18 (*praetor*) mit Gai. I. 185 (*praet. urb.*) und zu Gai. IV. 11 weiter unten § 37.

[13]) Vgl. die Belege bei Dernburg Die Institutionen des Gaius S. 86, 87 N. 2—4, S. 88.

[14]) Ebenso der Jurist (Gaius selbst?; vgl. aber Karlowa R.R.G. Bd. I S. 764, 765) bei Dosith. 2 u. 8.

[15]) Gai. I. 96 kommt natürlich nicht in Betracht.

[16]) Weder ihre Streitgerichtsbarkeit ist im 4. Buche erwähnt (vgl. dagegen Paul. V. 5 a, 1), auch nicht das *uadimonium Romam faciendum*, noch im 1. und 2. Buche die gewissen Stadtobrigkeiten zustehende Legisactio (vgl. Gai. I. 20, 134, II. 24 mit Paul. II. 25, 4,

cumque[17]) *extra primum urbis Romae miliarium . . . accipiuntur*, so kann der Verfasser nach der Anlage seines Buches doch nur an Processe denken, die vor Reichsbeamten jenseits des ersten Meilensteins begründet werden. Zur Bestätigung dient IV. 109, wo dem Judicium in Rom das *in prouinciis* stattfindende gegenübersteht, offenbar als Hauptfall des ausserstädtischen Verfahrens nach Amtsrecht. Übrigens ist meine Auslegung des § 105 schon deswegen unabweislich, weil Gaius dem Magistrat, der das gesetzlose Verfahren anordnet (*is qui ea praecepit*), ausdrücklich „Imperium“ zuschreibt, eine Amtsgewalt also, die in der Antoninischen Epoche nach einstimmiger Lehre[18]) den Localbehörden Italiens durchaus fehlte.

Diese feststehende Thatsache ist zugleich der beste Beweis für die hier behauptete Legitimitaet[19]) des Rechtsgangs in den Landstädten, da es neben der Lex und

auch Gai. II. 258 mit Paul. IV. 4, 2), noch endlich die Vormünderbestellung (vgl. Gai. I. 183, 185 mit Ulp. D. 26, 5, 3 und wegen Ulp. D. 27, 8, 1, 1 gegen Mommsen Stadtrechte S. 438 N. 137 Karlowa R.R.G. Bd. I S. 595, 596). Wie Gaius beschränkt sich auch Ulpian im Regelbuch, so weit wir sehen können, auf die Darstellung des gemeinen Rechts: s. I. 7, VIII. 2, 5, XI. 18, 20, 24, XIX. 10, XXV. 16. Nach dem hier Bemerkten ist Bd. I S. 201 Abs. 2 zu ändern: dass Gai. IV. 30 der *altera Iulia* gedenkt (er widmet ihr éin Wort: *duas!*) wird man begreiflich finden; doch ist es eine Abweichung von der Regel.

[17]) Die Wahl dieses Wortes ist veranlasst durch das folgende *tam inter ciues Romanos quam inter peregrinos.*

[18]) Vgl. z. B. Puchta Instit. Bd. I § 92 S. 230, 232 (8. A.), Bethmann-Hollweg Civilpr. Bd. II S. 65, 68, Mommsen St.R. III¹ S. 812 N. 2, S. 816 mit I S. 187 N. 2, S. 224 N. 1, Karlowa R.R.G. Bd. I. S. 592—595.

[19]) Vielleicht ist auch Mommsen geneigt beizutreten, da er im St.R. III¹ S. 813 „die communale Jurisdiction als legalisirt durch die römischen Comitien“ ansieht. Nur die „Jurisdiction“, nicht auch die Processhandlungen der Parteien?

dem Imperium ein Drittes[20]) nicht giebt, worauf römische Processe beruhen konnten. Will aber Jemand bei Gaius doch den Satz finden, dass die Rechtsverfolgung in ganz Italien, ausser in Rom, der gesetzlichen Grundlage entbehrte, so mag er zusehen, ob ihm Alles behagt, was aus dieser Annahme folgt. *Iudicia imperio continentia* überall ausserhalb der Bannmeile von Rom, das bedeutet für die zur Competenz der Ortsgerichte gehörigen Sachen die Unmöglichkeit endgültiger Erledigung[21]). Nur in der Hauptstadt hätte der Kläger seine Forderung zur Consumtion gebracht, nur in Rom hätten die Parteien ein unumstössliches, volksrechtlich anerkanntes Urteil erlangt, nur in Rom wäre für den Sieger der civile Judicatsanspruch entstanden[22]). Vor der Hadrianischen Edictsredaction hätte Italien überhaupt keinen fest geordneten Process und so auch kein gesichertes Privatrecht gehabt; Beides wäre dem freien, nur durch Herkommen gebundenen Ermessen der Reichs- und Ortsobrigkeiten anheimgefallen. Dies Alles ist um so weniger glaublich, als römischerseits der Provinz Gallia Cisalpina sofort[23]) nach der Verleihung des Bürger-

[20]) Auf die an sich unfruchtbare, von den Neueren gründlich missverstandene Unterscheidung von *iurisdictio* und *imperium* kann ich an diesem Orte nicht eingehen. Meine Zustimmung zu Lenels „Edictsystem" (in Grünhuts Ztschr. Bd. XII S. 265, 266) muss ich jetzt zurückziehen.

[21]) Wenn der Verpflichtete nicht „zufällig in Rom verweilte". So Mommsen in Bekkers Jahrbuch Bd. II S. 333 (1858) und Bethmann-Hollweg Civilpr. Bd. II S. 123. Mommsen St.R. III[1] S. 817 will diese Ausnahme nicht leugnen, wenn er (arg. Fragm. Atest. Z. 17) sagt: „Wo das Municipalgericht competent ist, concurrirt es nicht mit dem des Reiches."

[22]) Vgl. Gai. III. 180, 181, IV. 106.

[23]) Der Lex Roscia von 705 (s. Bd. I S. 199) folgte, wie Mommsen Hermes Bd. XVI. S. 37 meint, das Jurisdictionsgesetz „wahrscheinlich

rechts (705 d. St.) eine legalisirte Processordnung zu Teil ward. Zwei Abschnitte daraus sind auf der Atestiner Tafel erhalten. Die Inschrift selbst bezeichnet sich wiederholt als *lex*, und obendrein sagt sie es deutlich in der 8. u. 9. Zeile, dass die Processe im Geltungsbereich des Gesetzes *iudicia legitima* seien. Im vorhergehenden Satzstück ist unter gewissen Voraussetzungen den Municipalbehörden Gerichtsbarkeit auch für infamirende Sachen eingeräumt. In diesen besonderen Fällen soll der Geschworne gegeben und von den Parteien der Process begründet werden *(iudicium ita feiat)* ebenso,

utei de ieis rebus, [de?] quibus ex h(ac) l(ege) iudicia data erunt, iudicium fierei exerceri oportebit.

Damit ist Bezug genommen auf (verlorene) Gesetzbestimmungen, welche die Richterernennung, die Streitbefestigung *(iudicium fierei)* und die Durchführung des Processes *(iudicium exerceri)* in den Sachen regelten, die im ordentlichen Competenzkreis der gallischen Ortsgerichte lagen. Demnach war das Formelverfahren in Oberitalien vom Anfang bis zum Ende volksrechtlich geordnet, es war also Judicium *legitimum.*

Auch aus der Lex Rubria, die vermutlich etwas jünger [24])

---

noch in demselben Jahre" nach. [Auf einem Versehen beruht wohl die Vernämlichung der beiden Gesetze im St.R. III[1] S. 813 N. 1 — anders S. 817 N. 3]. Die Raschheit, mit der damals unter Caesars Regiment die Befriedigung der (gallischen) Neubürger erfolgte, mochte freilich etwas Ausserordentliches sein. Vgl. übrigens auch Esmein Mélanges p. 279 n. 3, der aber eine von der Mommsenschen völlig abweichende Auffassung des Roscischen und des Atestiner Gesetzes vertritt.

[24]) S. Bd. I S. 94 N. 20, S. 198, 199 u. N. 48. Was Karlowa gegen Mommsens Ansicht einwendet ist m. E., wenn nicht entscheidend, doch sehr erheblich.

ist (712 d. St.), lässt sich dasselbe Ergebniss leicht ableiten. So deutet das 22. Capitel (II Z. 27, 28) auf Streitsachen hin, die ohne Rücksicht auf den Wert der municipalen Gerichtsbarkeit unterliegen:

sei ea res erit, de qua re omnei pecunia ibei ius deicei iudiciaue darei ex h(ac) l(ege) oportebit.

Nach diesen Worten ist der magistratische Act des *iudicium dare*, ohne den kein Process zu Stande kommt, legitim.

Wichtiger noch ist im 21. Capitel (II Z. 12—14) die Bestimmung über das gerichtliche Zugeständniss von Geldschulden. Der Confessus *in iure* und der Indefensus[25]) soll gleichstehen einem

eius pecuniae iei, quei eam suo nomine petierit quoiue eam d(arei) o(portebit), ex iudicieis dateis iudicareue recte iusseis iure lege damnatus.

Diese Stelle ergänzt vortrefflich das im Atestiner Fragment Gesagte. Dort ist die Gesetzlichkeit der Streitbefestigung, hier die Gesetzlichkeit des Urteils bezeugt. Der Geständige soll behandelt werden wie ein „nach Volksrecht, u. z. nach Legalrecht Verurteilter" [26]). Dass eine Damna-

[25]) Vgl. Wlassak Litiscontestatio S. 40 N. 2.

[26]) *Iure lege*: eine herkömmliche Wortverbindung, wie das Arrogationsformular bei Gell. V. 19, 9 (dazu Proc. D. 1, 7, 44) zeigt: *Uelitis, iubeatis, uti L. Ualerius L. Titio tam iure legeque filius siet, quam si . .;* vgl. noch L. Urson. c. 124. Offenbar ist nicht an den Gegensatz von Volks- und Amtsrecht gedacht; das letztere könnte auch nicht voranstehen (anders z. B. bei Ulp. Dig. 1, 14, 3: *lege uel quo alio iure* [Diese Worte sind nachweisbar echt]; Wlassak L. C. S. 52 N. 3). Wie es scheint ist die Zusammenstellung *iure lege* erst nach den Zwölftafeln üblich geworden; vgl. Tab. III. 1 (Gell. XX. 1, 45): *iure iudicatis*, Huschke Ztschr. f. R.G. Bd. VII S. 168. Die L. Rubr. selbst drückt sich an einer anderen Stelle (c. 20 I Z. 19, 20) so aus:

tion im Judicium legitimum in Frage stehe, hat schon Savigny[27]) erkannt. Nur glaubte er in der Lex Rubria eine Hinweisung auf das stadtrömische Verfahren zu finden, offenbar von dem irrigen Gedanken geleitet, dass die Legitimitaet etwas der Hauptstadt Eigentümliches sei. Wer aber den Text unbefangen prüft kann Savigny unmöglich zustimmen. Ihm gegenüber hat bereits Demelius[28]) die richtige Auslegung festgestellt und eine Bemerkung beigefügt, die hier einzuschalten ist.

„Judices, welche von dem mit Jurisdictio ausgestatteten Municipalmagistrat innerhalb des Kreises seiner Competenz nach der Vorschrift der Lex Rubria niedergesetzt sind, urteilen *iure legeque* ebenso gut wie solche, die der römische Magistrat bestellt hat."

Man sieht, Demelius macht sich hinsichtlich des Richterspruchs frei von dem Vorurteil, dass dem Gerichtsverfahren blos in Rom eine Lex zu Grunde lag. Vermisst wird nur eine ausdrückliche Bekämpfung der modernen Theorie, die ausserhalb der Hauptstadt kein Judicium legitimum kennt; und eine Äusserung über die Gesetzlichkeit der Streitbefestigung im Cisalpinischen Gallien. Freilich ist auf der Tafel von Veleia weder eine Norm überliefert, durch die der Processvertrag besonders geregelt wäre, noch durch Verweisung angedeutet wie im Fragment von Este. Nur gelegentliche Erwähnungen des *iudicium factum* und *acceptum* kommen im 20. Capitel[29]) vor. Dessen ungeachtet

---

quod ita iudicium datum iudicareue iussum iudicatumue erit, ius ratumque esto. Der Sinn ist hier derselbe wie im c. 21 II Z. 14.

[27]) Vermischte Schriften Bd. II S. 432—434, Bd. III S. 387 N. 1.

[28]) Die Confessio S. 144—146.

[29]) In Z. 22, 23, 32, 33, 42, 43, 48 (I); dazu oben S. 39 und Wlassak L. C. S. 32, 33 u. N. 3.

können wir mit einiger Bestimmtheit behaupten, dass die Lex Rubria einen Satz enthielt, der die Litiscontestatio durch Formelübergabe für volksrechtlich gültig erklärte, etwa mit den Worten: *ius ratumque esto.*

Sieht man in der Gerichtsordnung der Atestiner Tafel eine Vorläuferin der Rubrischen, — und die erstere ist ja auf keinen Fall später ergangen als die letztere[30]) — so wird eine dem älteren Gesetz entsprechende Vorschrift in dem jüngeren gewiss nicht gefehlt haben. Zudem huldigten die Römer der Anschauung, dass die Sentenz ihre Kraft vornehmlich aus der Streitbefestigung schöpfe, und dass die beiden Processacte sich zu einander verhalten wie Contract und Solution. Hiernach mussten sie eine Ungereimtheit darin finden, aus legitimer Contestation ein Urteil von nur amtsrechtlicher Geltung hervorgehen zu lassen, und das Umgekehrte hätten sie zum Mindesten als Unebenheit empfunden. So ist denn auch erweislich im Aebutischen wie im Julischen Verfahren Beides legitim: der Act der Begründung wie der der Auflösung des Processes und überhaupt die ganze Judication[31]). Ohne Zweifel hatte der Rechtsgang im Cisalpinischen Gallien, seitdem er auf römischen Gesetzen beruhte, im Wesentlichen keinen anderen Zuschnitt als in der Hauptstadt. Am wenigsten aber dürften wir dem Verfahren *ex lege Rubria* einen blos amtsrechtlichen Gründungsvertrag zuschreiben, wenn der Streitbefestigung schon nach dem Gesetz der Atestiner Tafel volksrechtliche Wirkung zuerkannt war.

[30]) S. oben S. 227, 228 N. 23, 24.

[31]) Belege: Gai. III. 180, 181, IV. 103, 104, 107, Bd. I § 9 S. 98—101 (dazu aber meine L. C. S. 56 N. 1) und oben § 32 S. 199 N. 23.

Folgerungen aus dem hier Dargelegten auf die Beschaffenheit der Processe in allen italischen Municipien unter Augustus und dessen Nachfolgern sind nach meinem Ermessen schlechthin unabweisbar. Selbst wenn wir Nichts wüssten von der Unfähigkeit der Ortsobrigkeiten, Judicia *imperio continentia* anzuordnen, so wäre doch die Legitimitaet des Municipalprocesses für ganz Italien mittelbar schon erwiesen durch die erörterten Nachrichten über den Rechtszustand des Polandes. Was diesem gewährt wurde, als es noch Provinz war, konnte den Italikern, die vierzig Jahre früher das Bürgerrecht erlangt hatten, unmöglich versagt bleiben.

Selbst die Annahme unterliegt schweren Bedenken, dass zwischen 665 und 737 sämmtliche Processe in den Städten der Neubürger ohne gesetzliche Grundlage waren. Und dieselbe Frage erhebt sich für einen weit grösseren Zeitraum betreffs der alten Bürgermunicipien und Colonien, wo seit dem 5. Jahrhundert von Rom her gesandte Praefecti die Jurisdiction beschafften. Ob es sich lohnen würde, in dieses dunkle Gebiet einzudringen, das kann hier nicht erprobt werden. Von vornherein spricht Manches dafür, schon in die Sullanische Epoche die erste umfassendere Regelung des Municipalwesens zu setzen[32]). Doch fehlen uns unmittelbar verwertbare Belege. Etwas mehr Licht käme in die Sache, wenn wir Schlüsse ziehen dürften aus einer Studie von Esmein[33]) über die Atestiner Tafel. Alibrandi folgend weist der genannte Gelehrte das Frag-

---

[32]) Vgl. Mommsen Röm. Geschichte Bd. II S. 361—364 (7. A.), St.R. III¹ S. 781.

[33]) Mélanges d'histoire du droit p. 269—292, besonders p. 277 bis 282.

ment von Este einer allgemein-italischen Jurisdictionsordnung zu, die 687, elf Jahre nach Sullas Tod, erlassen wäre. In Deutschland aber hat diese Auffassung keinen Anklang gefunden, und, ich fürchte sehr, mit Recht, da es bisher nicht gelungen ist, die Gegengründe Mommsens[34]) zu entkräften. Letzterer bezieht die Inschrift auf das Cisalpinische Gallien und daran werden wir zunächst festhalten müssen.

Wenn ich nun selbst eine Vermutung äussern soll über den italischen Municipalprocess in den letzten Decennien des Freistaats, so darf ich mich wohl auf Folgendes beschränken. Um vieles wahrscheinlicher als die Herrschaft ungebundener Beamtenmacht in allen Fällen ist die Beibehaltung der vorrömischen Gerichtsordnungen, deren Geltung bis auf Weiteres ein römischer Volksschluss bestätigen mochte. Wahrscheinlich ist es ferner, dass einzelne Städte — manche von Alters her — besondere von Rom gegebene Processordnungen hatten, die teils von den Comitien selbst beschlossen, teils im Wege mittelbarer Legislation[35]) verliehen waren. Ein allgemeines Judiciargesetz für sämmtliche Bürgerstädte dürfte vor Augustus nicht ergangen sein. Wenigstens finden wir in der Lex Julia der Heracleer Tafel in den Z. 110—120, wo eine Erwähnung sehr nahe lag, keine Spur davon, wohl aber Andeutungen einer volleren Gerichtsbarkeit der Ortsbehörden[36]), wie sie unter dem Principat nicht mehr bestand.

Um so sicherer ist die Erlassung eines für Italien oder

---

[34]) Im Hermes Bd. XVI S. 27 N. 2, S. 28 N. 1.

[35]) Vgl. oben S. 105 N. 2.

[36]) Zur Z. 115—117 vgl. Dirksen Obseruationes ad tab. Heracl. part. alt. p. 116—120, im Übrigen Bd. I S. 195, 196.

für alle Bürgerstädte des Reiches bestimmten Jurisdictionsgesetzes unter der Regierung des ersten Kaisers. Zwingende Beweisgründe hiefür haben sich zunächst aus Gai. IV. 105, sodann aus den Inschriften von Ateste und Veleia ergeben. Dazu kommt noch l. 11 pr. § 2 D. de iurisd. (2, 1), wo Gaius[37]) in einer Erörterung, die offenbar ausgeht von der Begrenzung der municipalen Gerichtsbarkeit durch eine Streitwertsumme neben Sabinus und Anderen auch Ofilius anruft, einen Zeitgenossen von Caesar und Augustus[38]). Gewiss erklärt sich die Beschäftigung der ältesten Klassiker mit Fragen, die aus der Teilung der Rechtsprechung in eine höhere und niedere hervorgingen, viel besser, wenn der Anlass hiezu durch gemeinitalisches Recht geboten war, nicht blos durch das Sonderrecht des Polandes. Wenn ferner die l. 11 D. cit. den Ofilius nennt, so kann die Neuordnung der municipalen Gerichtsbarkeit nur das Werk eines der beiden Julier sein, und aus anderen Gründen nur das Werk des Sohnes.

Nach allem dem, möchte ich glauben, sei das Dasein eines umfassenden Jurisdictionsgesetzes schon für den Anfang der Kaiserzeit so gut wie erwiesen. Bleibt noch etwas hypothetisch, so ist das blos die Vernämlichung eben dieses Gesetzes mit der bei Gai. IV. 30 erwähnten zweiten *Iulia*,

---

[37]) Im 1. Buch *ad edictum prouinciale.* Mithin hatten, wie es scheint, auch in den Provinzen die Magistrate der Bürgerstädte nur die Niedergerichtsbarkeit. Es ist wohl denkbar, dass schon das Augusteische Gesetz von 737 Vorschriften aufstellte für alle *municipia coloniae . . . ciuium Romanorum (quae) sunt erunt* (so L. Jul. mun. Z. 108) im Reiche, nicht blos *in Italia* (so L. Jul. mun. Z. 142); s. Bd. I S. 200 N. 52.

[38]) Eingehender ist Gai. Dig. 2, 1, 11 besprochen in der Ztschr. f. R.G.R.A. Bd. XXII S. 383—385.

die gleich der ersten den Streit mit Legisactionen beseitigt und diese durch Schriftformeln ersetzt haben soll.

§ 34. Die stadtrömische Gerichtsordnung kein Territorialgesetz. — Die Localisirung der Rechtspflege.

Ist nach unserer Quelle das „Judicium legitimum" gefesselt an die Stadt Rom und deren Umkreis, so hat sich doch gezeigt, dass diesem Satz keineswegs jene Tragweite zukommt, die man ihm beizulegen pflegt. Weder die Möglichkeit noch das wirkliche Dasein von legitimen Processen jenseits des ersten Meilensteins will Gaius leugnen. Ohne Weiteres klar ist es, weshalb er kein Wort sagt von dem gesetzlichen Verfahren, das noch unter Pius in mancher Peregrinengemeinde vorkommen mochte, wie einst gegen das Ende der Republik in den Städten Siciliens[1]). Indess verschweigt er selbst den römisch-rechtlichen Process in den Municipien; den letzteren darum, weil seine Institutionen grundsätzlich nur die Reichsmagistrate berücksichtigen. Vermutlich hat dabei auch das litterarische Herkommen und die als Muster dienende alte Vorlage mit eingewirkt; denn Das, was Gaius vorträgt, ist nicht blos sehr altes Recht, sondern es ist auch Jahrhunderte lang das ganze Recht gewesen. Hat es doch ohne Zweifel eine Zeit gegeben, wo für sämmtliche Bürger nur ein einziges[2]) Gericht — das stadtrömische — bestand, vor dem die Parteien das Streitverhältniss nach gesetzlicher Ordnung begründen konnten. Wann die Änderung eintrat, ob insbesondere vor den Praefecten sofort und überall volksrechtliche Processe möglich

[1]) S. oben S. 139, 140.

[2]) Vgl. auch Mommsen St.R. III[1] S. 813.

waren [3]), das lassen wir füglich auf sich beruhen. Wenigstens scheint mir die von Cato de re rust. c. 149 (Keil: de agri cult. p. 94) mitgeteilte Vertragsclausel:

si quid de iis rebus controuersiae erit, Romae iudicium fiat [4])

ziemlich ungeeignet, eine Entscheidung herbeizuführen. Allerdings gewinnt die Abrede, die Cato empfiehlt, ganz hervorragende Wichtigkeit, wenn zu seiner Zeit die Streitbefestigung vor den ausserstädtischen Mandataren des Praetors noch keiner gesetzlichen Ordnung unterlag; allein sie behält doch recht guten Sinn auch im entgegengesetzten Fall.

Die Frage nach dem Dasein eines Legalverfahrens ausserhalb Rom ist im vorigen Paragraphen nur für die Epoche des Principats mit Bestimmtheit beantwortet. Trifft die Antwort das Richtige, dann waren seit 737 alle [5]) vor

---

[3]) Festus p. 233 sagt von den Praefecten: ***legibus mittebantur*** und von denjenigen, die der Praetor bestellte: ***miserat legibus***. Was aber in jenen *leges* neben der „Aussendung" noch geregelt war, das wissen wir nicht; vgl. übrigens Mommsen St.R. III[1] S. 582 z. N. 2 und Capua betreffend über Liv. IX c. 20 oben S. 105, 106 N. 2.

[4]) Vgl. dazu Rudorff Rechtsgeschichte Bd. II § 3 z. N. 8, Bekker in der Ztschr. f. R.G. Bd. III S. 444, 445, Bethmann-Hollweg Civilpr. Bd. I S. 40 N. 4, Kuntze Cursus S. 145 (2. A.), Mommsen R.Gesch. Bd. I S. 805 Note (6. A.), St.R. II[1] S. 595 N. 2 (2. A.), III[1] S. 813 N. 2. Letzterer bemerkt mit Recht, dass bei Cato l. c. nur „an die zwiefache römische Gerichtsbehörde des Praefectus und des Praetor" gedacht sei, nicht an den Ausschluss der etwa begründeten bundesgenössischen Rechtspflege. — Vielleicht gehört die Catostelle und Prob. Einsidl. nr. 21 zusammen.

[5]) Die Fremdengerichtsbarkeit war in Italien ebenso dem Peregrinenpraetor in Rom vorbehalten wie den Statthaltern in den Provinzen (s. oben S. 135—137). Nur gewisse Städte im cisalp. Gebiete hatten Jurisdiction über die Angehörigen der attribuirten Dorfschaften. Indess ist das schwerlich eine eigentliche Ausnahme; s. Mommsen St.R. III[1] S. 766, 767, 771.

den italischen Municipalbehörden contrahirten Processe legitim, und für alle war von nun an die nämliche Gerichtsordnung grundlegend: Augustus' zweite Lex Julia *iudiciaria*. Nach diesem Gesetz hatten die Städte Italiens ausnahmslos eigene Magistrate für die Gerichtsbarkeit in geringeren Sachen. Daher musste die Abschaffung der von Rom geschickten *praefecti quattuor Capuam Cumas* unmittelbar nachfolgen. Und in der That stimmen damit unsere Nachrichten völlig überein. Einerseits haben wir Inschriften[6]), die jene Viermänner noch unter Augustus als vorhanden bezeugen, andererseits behandelt Dio LIV c. 26 unter dem Jahr 741 den Vigintisexvirat[7]) als eine nicht mehr bestehende Einrichtung. Seiner Erzählung nach war schon damals sowohl das Amt der *IIuiri uiis extra urbem purgandis* wie das der vier Gerichtsherren für Campanien (*οἱ τέσσαρες οἱ ἐς τὴν Καμπανίαν πεμπόμενοι*) erloschen, und auf diese Weise ein Vigintivirat aus dem früheren Vigintisexvirat hervorgegangen. Hiernach dürfen wir unbedenklich das Jahr nach der Erlassung der *altera Iulia* als erstes bezeichnen, für welches keine *Praefecti iure dicundo Capuam Cumas* gewählt wurden[8]).

---

[6]) Mommsen hat sie im 1. Bande des C.I.L. zur nr. 637 (pag. 186 der ed. I.) zusammengestellt; vgl. auch St.R. II[1] S. 593 N. 2. Er führt an einen „titulus exaratus litteris magnis saeculi Augusti", in dem sich die Worte finden: *Praef. Cap. Cum.*; dann vier Inschriften, die „omnes uel certe plerique non ascendunt ad liberae rei publicae aetatem," und die alle eines *XXVIuir* [in der vierten ist *uir* ergänzt] gedenken.

[7]) Vgl. Mommsen St.R. II[1] S. 592, 593, 603 N. 3, S. 609 N. 5.

[8]) Nach Mommsen St.R. II[1] S. 609, 610 sind die *Praefecti Capuam* abgeschafft „vor dem J. 741, vermutlich zugleich mit den *duouiri uiis purgandis* im J. 734." Die Quellen gewähren für diese Vermutung keinen Anhalt.

Hat es seit 737 in den drei ersten Jahrhunderten der Kaiserregierung und so auch unter Pius gesetzliche Processe innerhalb wie ausserhalb der Bannmeile gegeben, so kann die Gaianische Beschreibung des *iudicium legitimum* nur daraus erklärt werden, dass der bürgerliche Rechtsgang *in urbe Roma uel intra primum urbis Romae miliarium* von einem besonderen Gesetz beherrscht war, welches keinen anderen Processvertrag regelte als den in Rom, unter Bürgern, *sub uno iudice* abgeschlossenen[9]). Von diesen dreifachen Voraussetzungen hing in der Zeit des Freistaats die Wirksamkeit der Lex Aebutia ab, später die der Lex Julia. Die beschränkte Geltung beider Gesetze in persönlicher Beziehung ist oben bereits erörtert; jetzt ist es unsere Aufgabe, die Begrenzung in örtlicher Beziehung genauer ins Auge zu fassen.

Tritt Jemand an diesen Gegenstand mit modernen Anschauungen heran, so wird er sich wohl versucht fühlen, in dem Satze: *legitima iudicia . . . in urbe Roma* die Bewidmung des Stadtgebiets bis zum ersten Meilenstein mit dem Aebutisch-Julischen Recht bezeugt zu finden. Wie unsere neuen Gesetzbücher, die fertigen und die erst entworfenen, Ordnungen sind „für die Preussischen Staaten" (1794), „für das Kaisertum Oesterreich" (1811), „für das Königreich Sachsen" (1863), „für das Deutsche Reich" (1888), oder in Kraft traten „im ganzen Umfang des Reichs" (z. B. die Civilprocess- und Concursordnung von

[9]) Darauf allein kommt es an. Nicht Alles, was die hauptstädtische Gerichtsordnung enthielt, bezog sich auf das Jud. legitimum; s. oben S. 198, 207. Übrigens ist es nicht wahrscheinlich, dass in der Aebutia und in der ersten Julia irgend Etwas für andere als für stadtrömische Gerichte verordnet war.

1877); wie die *leggi* Neuitaliens[10]) *promulgate dal re divengono obbligatorie in tutto il regno*, so könnte man geneigt sein, auch den römischen Volksgesetzen eine Beziehung zu geben auf irgend ein Stück Landes. Selbst an Äusserungen der römischen Quellen fehlt es nicht, welche die eben berührte Erklärungsweise zu begünstigen scheinen. Ich erinnere nur an Julians (Dig. 1, 3, 32, pr.) *ius, quo urbs Roma utitur*, Papinians (Dig. 22, 1, 1, pr.) *mos regionis*, Callistratus' (Dig. 50, 6, 5 [Mo. 6], 1) *lex loci*, Ulpians (Dig. 1, 3, 34) *consuetudo ciuitatis uel prouinciae*, an Gai. III. 121[a], 122 (oben S. 156, 157), endlich an die Nachricht bei Diocletian (Cod. J. 7, 71, 4, pr.[11]) über die Erstreckung der Lex Julia *de bonis cedendis* auf die Provinzen und andere ähnlichen Inhalts[12]). Sind das nun wirklich Belege für die Annahme einer Territorialherrschaft des römischen Volksrechts?

Kein Kenner der antiken Überlieferung wird es wagen, mit einem Ja zu antworten, obwohl neuestens die Übung immer mehr um sich greift, vom „latinischen" und „römischen Landrecht" zu sprechen, von den „Localrechten" im römischen Reich, dann vom „Land- und Weltrecht", — was eine Übersetzung von *ius ciuile* und *ius gentium* sein soll — endlich vom römischen „Stadtrecht" — was mindestens zweideutig ist — im Gegensatz zum „Weltrecht". Manche, die so schreiben, und darunter sind sehr

---

10) Nach dem ersten der einleitenden Art. zum Cod. civile del regno d'Italia. Der vorbildliche A. 1 des Code Napoléon sagt nur: *Les lois sont exécutoires dans tout le territoire français.*

11) *Legis Iuliae . . . beneficium constitutionibus diuorum nostrorum parentium ad prouincias porrectum esse . . .*

12) Vgl. Wlassak Krit. Studien S. 142, 143, 148.

hervorragende Schriftsteller, dürften nichts Unrichtiges im Sinne haben; jedenfalls aber erzeugt ihre Darstellung ein falsches Bild von der Rechtsauffassung der Alten bei solchen Lesern, die sich ohne eigenes Quellenstudium unterrichten wollen.

Welche Vorstellung die Römer und überhaupt die Völker graecoitalischer Cultur vom Wesen des Rechtes hatten, das ist mit Beschränkung auf die Leges schon an früherer Stelle (§ 27) gezeigt. Nicht für das römische Land ist die Lex gegeben, so dass Recht und Pflicht aus ihr erwüchse für Alle, die dem Territorium mehr oder minder zugehören (als Ansässige, als Bewohner oder nur als Anwesende); vielmehr schafft das Legalrecht ganz unmittelbar eine Ordnung für gewisse Personen, u. z. für Diejenigen, die sich im Besitz der Civitaet befinden. Von der germanischen Auffassung ist die der Latiner nur insofern verschieden, als die Letzteren beim Eintritt in die Geschichte bereits städtische Gemeinwesen hatten, und demzufolge das System der persönlichen Stammesrechte verdrängt ist durch das neuere des persönlichen Gemeinderechts[13]. Am deutlichsten tritt uns diese Anschauung entgegen in den vielfach bezeugten[14] Worten: *populus lege tenetur* oder *populus iure utitur* (Gai. I. 1, II. 40) und in den Namen, die das national-römische Recht führt. Bekanntlich heisst es zuerst *ius Quiritium*, später *ius ciuile*, ins Deutsche übersetzt: Recht der Bürger. Mehr Belege findet man bei M. Voigt (Jus naturale Bd. II S. 71

[13]) S. oben S. 129 N. 6.
[14]) S. oben S. 95 N. 7, 119.

N. 57), der mit C. G. Wächter[15]) die richtige Ansicht teilt[16]), ohne sie freilich folgerecht festzuhalten[17]).

Meine Aufgabe kann es nicht sein, die Geltung des Personalprincips im römischen Altertum hier genauer darzulegen. Auch auf die Besprechung der scheinbar entgegenstehenden Nachrichten muss verzichtet werden[18]), ebenso auf die Feststellung der wirklich vorhandenen Abweichungen. Für unsere Zwecke genügt es, die personale Herrschaft der Leges hervorzuheben, einen Grundsatz, den man als solchen wohl nicht bestreiten wird. Damit aber schwindet schon die Möglichkeit, die Grenze des ersten Meilensteins für die Judicia legitima zu vergleichen beispielsweise mit den deutschen Reichsgrenzen, die das Gebiet anzeigen, wo deutsches Processrecht gilt. Während die modernen Gesetze alle inländischen Processhandlungen beherrschen[19]) ohne Rücksicht auf die Staatsangehörigkeit des Klägers und des Beklagten, war in Rom umgekehrt der Stand der Parteien in erster Linie massgebend, so dass verschiedene Rechte auf demselben Boden zur Anwendung kamen, je nachdem Römer oder Fremde im Gerichtsverfahren auftraten.

---

[15]) Im Archiv f. civilistische Praxis Bd. XXIV S. 242, 243.

[16]) Vgl. auch Voigt Die Zwölftafeln Bd. I S. 241, 242, v. Bar Internat. Privatrecht Bd. I S. 21 (2. A.), Ubbelohde in d. Preuss. Jahrb. Bd. XXXII S. 563—568, K. J. Seitz Röm. possessio S. 116, 119, 120.

[17]) Seine Abhandl. „Über die Collision der Rechte“ im J. nat. Bd. IV. 2 S. 285—332 führt m. E. überall in die Irre.

[18]) Vgl. übrigens oben S. 154—157. Dort ist Macrob. Sat. III. 17, 6 u. Gai. III. 121[a], 122 erläutert.

[19]) So Wach Handbuch Bd. I S. 220, 221. Weitere Litteratur bei A. Menger System Bd. I S. 130 N. 5, dazu Wetzell System S. 516 (3. A.), O. Bülow Civ. Arch. Bd. 64 S. 51, Planck Lehrbuch Bd. I S. 18, 19, v. Bar a. a. O. Bd. II S. 357.

Hiernach ist nur Eines noch zu erwägen, ob nicht die Geltung der Aebutisch-Julischen Ordnungen sowohl durch das Personal- wie durch das Territorialprincip bestimmt war? Vielleicht ist es eine Besonderheit der processrechtlichen Leges gegenüber den privatrechtlichen, dass die ersteren localisirt wurden, nicht auch die letzteren. Nach meinem Ermessen ist diese Anschauung ebenfalls abzuweisen und überhaupt jeder Erklärungsversuch, der an den modernen Territorialgedanken anknüpft. Ob die bisherige Litteratur diesen falschen Weg eingeschlagen hat, ist nicht leicht zu ermitteln. Am klarsten äussert sich Puntschart[20]). Für ihn ist der von Gaius bezeichnete Raum ein örtliches „Geltungsgebiet“, für Keller[21]) und Zimmern[22]) („wohl) das engste und älteste Stadtgebiet“. Buchka[23]) glaubt, das fragliche Erforderniss, „deute hin auf die älteste Zeit, in welcher man noch nicht einen über die Stadt Rom hinausgehenden römischen Staat kannte“. Die meisten Schriftsteller schweigen; Mommsen[24]) spricht vom „Amtsgebiet *domi*“.

Wer wie Puntschart die *urbs* und ihre nächste Umgebung als Geltungsgebiet des Civilrechts auffasst, setzt offenbar den von Buchka aufgestellten Satz voraus. Er nimmt ein ältestes römisches Gemeinde- oder Staatsterritorium an, welches nicht weiter reichte als bis zum ersten Meilenstein. Allein diese vermeintliche Urmark ist durchaus fabelhaft. Nirgends ist sie bezeugt, und — was

---

[20]) Civilrecht der Römer S. 92—94. Ähnlich schon Huschke Inc. auctor p. 71 und jüngst G. May Eléments de droit Romain II p. 499 (1890).

[21]) Über Litiscontestation S. 113.

[22]) Geschichte d. R. Privatrechts Bd. III S. 90.

[23]) Die Lehre vom Einfluss des Processes I S. 9.

[24]) Staatsrecht I S. 186.

noch mehr ins Gewicht fällt — die Römer selbst hatten eine andere Vorstellung vom Urgebiet. Sie nannten es *ager Romanus* und, wie Mommsen[25]) nachweist, gebrauchten sie diesen Ausdruck in ihrer Kunstsprache in keiner anderen Bedeutung, obgleich er geeignet war, das jeweilige römische Land anzuzeigen. Nun ist es freilich nicht möglich, das nach römischer Tradition ursprüngliche Territorium genauer zu beschreiben[26]). Doch ist so Viel wenigstens sicher, dass der *ager Romanus* sich keineswegs deckt mit dem Raum bis zum ersten Meilenstein. Das lehrt Strabon[27]), der im 5. Buch (c. 3 § 2 — C. 230) einen, heute unbestimmbaren, Grenzort des Urgebiets erwähnt Namens Festi (*Φῆστοι*) und dessen Lage mit folgenden Worten bezeichnet:

μεταξὺ . . . τοῦ πέμπτου καὶ τοῦ ἕκτου λίθου τῶν τὰ μίλια διασημαινόντων τῆς Ῥώμης.

Hiernach haben wir an éinem Punkte die älteste Staatsgrenze weit ausserhalb des Weichbilds von Rom zu suchen, zwischen dem 5. und 6. Meilenstein. Damit ist auch gezeigt, was vielleicht Niemand verkennt[28]), dass der Ager Romanus weit grösser war als der Stadtbezirk, der sich nur 1000 Schritte über die Servianische Mauer hinaus erstreckte.

Wem die Unsicherheit der Nachrichten über das Ur-

---

[25]) St.R. II¹ S. 152 N. 2, III¹ S. 824, 825.

[26]) Vgl. übrigens Beloch Der ital. Bund S. 43, 44, dazu Mommsen St.R. III¹ S. 824 N. 1. In d. R.Gesch. Bd. I S. 45 (6. A.) spricht Mommsen, gegen die Überlieferung, auch Ostia dem Urgebiet zu.

[27]) Über die Ambarvalien, die Strabon nennt, vgl. Marquardt Staatsverw. Bd. III S. 200 (2. A.)

[28]) Es darf nicht beirren, dass Mommsen denselben Ausdruck („Stadtgebiet“) für beide Gebiete verwendet: St.R. I S. 67 u. 664; vgl. aber III¹ S. 825 N. 2.

gebiet Bedenken einflösst, der ist noch auf andere Schwierigkeiten hinzuweisen, die der Annahme eines „territorialen" Legalrechts für den Bürgerprocess entgegenstehen. Gesetzt der Stadtbezirk wäre wirklich das älteste Territorium, wie will man es rechtfertigen, dass die processualische Lex an diesem Boden haften blieb? Wenn ein Name wie der des *ager Romanus* von dem Altland nicht mehr getrennt wurde, so ist das etwas wesentlich Anderes. Das Gesetz hätte — nach moderner Auffassung — schon unter den Königen nebst der Hauptstadt ein ansehnliches Gebiet, z. B. auch die albanische Mark und den Hafenort Ostia beherrschen müssen. Weiter ist ein beträchtlicher Teil des späteren Landgewinns sicher noch in Voraebutischer Zeit gemacht. Trotzdem hat die Geltung des Processrechts auch durch die neue Gerichtsordnung keine Ausdehnung erfahren. Verständlich[29]) wäre ja ein Stillstand von dem Augenblick an, wo zuerst ein legitimes Bürgergericht ausserhalb der Bannmeile errichtet wurde. Vorher aber müsste zugleich mit dem Territorium auch die örtliche Herrschaft des Gesetzes gewachsen sein.

Die vorstehende Erörterung wird Jedem sinnlos vorkommen, der den Römern den Gedanken einer „territorialen" Geltung ihres Privat- und Processrechts abspricht. Dieses Urteil trifft ganz und gar mit meinem eigenen zusammen. Um so besser, wenn in den letzten Zeilen nur ein Kampf mit Windmühlen geliefert ist[30]).

---

[29]) Wenn die Rechtshändel gewisser Bürger ausschliesslich vor das Localgericht gehörten (??).

[30]) Freilich spricht selbst Mommsen St.R. III[1] S. 706 „vom Civilprocessrecht des Gerichtsorts". Höchst auffallend ist die Äusserung von Leist Graecoit. R.G. S. 640 N. 6 und die Darstellung von Krüger Quellen § 16.

Wie die örtliche Begrenzung des Judicium legitimum richtig zu erklären sei, das wurde gelegentlich schon oben S. 212 angedeutet. Im Aebutischen wie im Julischen Gesetz war sicher von dem Beamten die Rede, der „in Rom“ unter Bürgern das Recht weist. Insonderheit wird die wichtigste Bestimmung beider Gerichtsordnungen ungefähr dahin gelautet haben, dass der mit Genehmigung des Bürgerpraetors in Rom durch Übergabe einer Schriftformel ... contrahirte Process rechtsgültig (*ius ratumque esto*), oder, dass er ebenso gültig sei wie der mit Spruchformeln begründete. Darnach handelt es sich nicht um eine Localisirung des Processrechts, sondern vielmehr der Rechtsprechung. Diese soll ordnungsgemäss innerhalb eines bestimmten Raumes stattfinden. Zwar ist sie nicht an eine einzige Dingstätte gebunden[31]), wohl aber an die Stadt und deren Umkreis. Von dem Versuch, diese Norm aus dem Satz herzuleiten, dass Jurisdictionshandlungen römischer Magistrate insgemein nur auf römischem Boden möglich sind[32]), müssen wir abstehen aus denselben Gründen, welche die Annahme eines territorialen Processrechtes ausschliessen. Der Stadtbezirk ist eben nicht das älteste römische Gebiet, und mit der Erweiterung des letzteren hätte sich jedesmal der Raum vergrössert, wo der Magistrat sein Tribunal aufschlagen durfte, während die Grenze thatsächlich nie hinausging über den ersten Meilenstein.

Indess könnte man dem Gesagten vielleicht das Gerichts-

---

[31]) Wie das deutsche „Echteding“. Stimmt man Sohm Altdeutsche Reichsverfassung Bd. I § 15 (dazu § 6) zu, so ergiebt sich eine merkwürdige Ähnlichkeit des röm. und des fränkischen Processrechts.

[32]) Vgl. Mommsen St.R. III¹ S. 689.

und Processgesetz der Veleiatischen Tafel entgegenhalten. Was die Inschrift giebt, das scheint wirklich ein Stück Landrecht Oberitaliens zu sein[33]), und nach der hier (§ 33) vertretenen Auffassung wären die L. Rubria und die Aebutia-Julia nahe verwandt. Das Letztere ist ohne Weiteres einzuräumen, das Erstere dagegen zu verwerfen. Alle drei Gesetze sind dadurch ausgezeichnet, gegenüber den rein privatrechtlichen[34]), dass sich ihre Vorschriften nicht blos an die Bürger wenden sondern auch an besonders genannte Magistrate, die — in der L. Rubria (c. 19—23) mit gebietenden Worten — den Auftrag erhalten, gewisse Jurisdictionsacte zu setzen. Waren nun diese Beamten, wie in Rom so in Oberitalien, als Richter in Streitsachen an bestimmte Gebiete und vermutlich an die darin gelegenen Städte gebunden, so wird man unschwer einsehen, warum sich uns Modernen gerade bei Processgesetzen der Gedanke der Territorialität besonders stark aufdrängt. Doch ist er für das Rubrische Recht um Nichts besser begründet als für das Aebutisch-Julische und schon deshalb zu verbannen, weil die L. Rubria nicht das ganze Poland sondern nur die einzelnen Gerichtsorte beherrscht hätte. Übrigens fehlt es andrerseits nicht an Verschiedenheiten zwischen den genannten Gesetzen. Die beiden stadtrömischen wollen nur für ein einziges Gericht gelten und wenden sich an einen Magistrat des ganzen römischen Volkes; die Rubrische Ordnung unterwirft ihren Vorschriften alle Gerichte im Cisalpinischen Gallien, und deren Vorsteher sind nicht Reichsbeamte sondern Municipalbehörden. Darnach lässt sich der

[33]) Vgl. z. B. Karlowa R.R.G. Bd. I S. 443.

[34]) Vgl. die bei Bruns Font. gesammelten privatrechtlichen Leges.

Personenkreis leicht bestimmen, für den Rechte und Pflichten aus unseren Leges erwuchsen. Das Aebutisch-Julische Recht galt für alle Römer, insofern sie der Gerichtsgewalt des Praetor urbanus unterstanden[35]); die Rubria dagegen nur für solche Bürger, die den Jurisdictionsbehörden in Gallia Cisalpina zum Gehorsam verpflichtet waren.

Das eben Gesagte dürfte auch die Lösung der nächsten Frage erleichtern, die uns jetzt beschäftigen soll: der Frage nämlich, was die Römer veranlassen mochte, ihre Judicia legitima an die Stadt zu fesseln. Spielt hier etwa der aus Cic. Phil. II c. 13 § 31 erschlossene Legalsatz eine Rolle, welcher dem Stadtpraetor eine Abwesenheit von mehr als 10 Tagen verbot? Diese Norm kann an und für sich eben so wohl die Folge wie der Grund der Localisirung des Processes sein. Wäre sie als Ursache erkannt, so hätten wir damit Nichts gewonnen. Die eine Frage wäre nur verdrängt durch die noch schwierigere, weshalb man den Praetor in der Stadt zurückhielt, wenn nicht um der Jurisdiction willen? Indess dürfte die angeregte Erklärung auch sonst nicht befriedigen. Jenes Verbot ist nämlich keinenfalls uralt. Es reicht nicht zurück in die Zeit vor Errichtung der ersten, ja nicht einmal der zweiten Praetur. Die beiden Consuln waren sehr häufig durch das gemeinschaftlich geführte Commando von der Stadt fern gehalten, der Praetor bis zum Jahr 512 „nicht ganz selten“[36]). Erst in späterer

---

[35]) Dabei ist zunächst an die Unterwerfung kraft Heimatrechts (*patria*) zu denken, da die anderen Fora mehr oder weniger durch Parteiwillen begründet werden. Vgl. übrigens oben S. 227 N. 21 und wegen der Provincialrömer Bethmann-Hollweg Versuche S. 8—10, Civpr. Bd. II S. 123, Mommsen St.R. II[1] S. 267, 268.

[36]) Belege bei Mommsen St.R. II[1] S. 195 N. 1, III[2] S. 1063 N. 1, und wegen der Consuln I S. 48—51.

Zeit kann das Verbot ergangen sein, möglicher Weise vor der Lex Aebutia, doch sicher nach dem Decemviralgesetz, auf dem ein Teil des uns bekannten Verfahrens mit Spruchformeln beruht. Soll nun die streitige Legisactio minder sesshaft gewesen sein als das jüngere, ihr nachgebildete Judicium? Daran wird Niemand glauben, und mit Recht haben schon Jhering[37]), Karlowa und Andere für den Sacramentsprocess Rom als Schauplatz in Anspruch genommen.

An zweiter Stelle ist zu erwägen, ob vielleicht die Competenz der Beamten in Sachen der Jurisdiction eine lediglich städtische war? Etwas Ähnliches hat Mommsen[38]) früher wirklich behauptet: der jenseits der ursprünglichen Gebietsgrenze stehende Magistrat sei für die Rechtspflege nicht mehr competent. So gefasst können wir diesen Satz überhaupt nicht gebrauchen. Wichtigkeit gewänne er erst durch eine Vertauschung: statt des „Gebiets“ wäre der „Stadtbezirk“ und für die älteste Zeit die „Stadt“[39]) ***(urbs)*** einzusetzen. Allein bezeugt ist weder das Eine[40]), — daher es Mommsen jetzt[41]) preisgiebt — noch das Andere, wofür Ulp. l. 3 D. de off. (1, 12) keine genügende Stütze

[37]) Geist I S. 305 N. 214, II² S. 668, 669 N. 929 (3. A.). Karlowa Legisactionen S. 268—271, Huschke (s. oben Bd. I S. 95 N. 25), Mommsen St.R. I S. 190; vgl. auch Cic. p. Mur. c. 13 § 28.

[38]) St.R. I (2. Aufl.) S. 639, 655, dazu S. 61—63; vgl. aber S. 186.

[39]) Vgl. unten S. 266—272.

[40]) Mommsen (St.R. I S. 662—664) kann für seine Ansicht, dass erst die Überschreitung der Gebietsgrenze die Ernennung eines Praef. *urbi* notwendig mache, nur Dionys II c. 12 (ὅτε . . ἐξάγοι στρατιὰν ὑπερόριον) anführen. Tac. Ann. VI c. 11 (17) sagt: *profectis domo* (zweideutig!) *regibus*, L. Salp. c. 25 (M. S. 664 N. 2): *ex eo municipio.*

[41]) In der 3. A. d. St.R. I S. 662 u. N. 3, S. 680.

bietet. Der Jurist spricht vom Stadtpraefecten der Kaiserzeit[42]); trotzdem trägt er altrepublicanisches Recht vor:

Praefectus urbi cum terminos urbis[43]) *exierit, potestatem* ***non*** *habet: extra urbem potest iubere iudicare.*

Diese Worte beziehen sich nicht auf einen eigentlichen Magistrat, sondern auf einen Stellvertreter, der blos abgeleitete, nicht eigene Jurisdiction hat, der folglich nicht weiter mandiren kann[44]), und dessen Auftrag eben nur die Rechtspflege in der Stadt betraf. Daraus ergiebt sich ganz von selbst der Ulpianische Satz, während es andrerseits klar ist, dass die Stellung des Stadtpraefecten eine eigentümliche war, aus der man keine Schlüsse ziehen darf auf die Jurisdiction der frührepublicanischen Consuln und des Stadtpraetors.

Bei der Ablehnung von Folgerungen aus l. 3 D. cit. befinden wir uns im vollen Einklang mit Gai. IV. 105. Nach seinem Berichte giebt es vor Reichsmagistraten begründete Processe, *quae imperio continentur*, nicht blos in den Provinzen, sondern überall *extra primum urbis Romae miliarium.* Seit der Ordnung des Municipalwesens durch Caesar und Augustus war freilich im gewöhnlichen Lauf der Dinge auf italischem Boden kaum noch Raum für solche Rechtspflege. Anders unter der Republik. In Zeiten des Kriegs mit treubrüchigen Bundesgenossen und

---

[42]) Vielleicht hatte Ulp. den *praef. feriarum Latinarum* im Auge (Mommsen St.R. I S. 667, 673); anders wohl Mommsen St.R. II^2 S. 1063 N. 2, S. 1066.

[43]) Unter den *termini urbis* ist das Pomerium zu verstehen (vgl. Tac. Annal. XII c. 23, C.I.L. t. VI nr. 1233 p. 256), nicht die Grenze am 1. Meilenstein. Der Praefect ist immer auf die innere Stadt beschränkt geblieben.

[44]) Vgl. Mommsen St.R. I S. 663, 664, 669, 670.

nach erfochtenem Sieg ist die Gerichtsbarkeit römischer Magistrate im feindlichen und im Gebiete der Dedirten[45]) gewiss nichts Seltenes gewesen. Wie die römischen Soldaten[46]) und Kaufleute, so werden auch die Unterworfenen Recht gesucht und genommen haben. Wer soll aber als Träger dieser Jurisdiction gedacht werden, wenn den Consuln[47]) und dem Praetor ausserhalb der Bannmeile keine Gerichtsgewalt in Privatsachen zustand? Meines Erachtens ist diese Annahme zu verwerfen, u. z. selbst für den in der späteren Republik gesetzlich an Rom gebundenen Stadtpraetor. Wenn dieser an verschiedenen Orten Italiens durch Stellvertreter, die er ursprünglich insgesammt frei erkor, Gerichtsgeschäfte besorgen liess, so ist das offenbar ein Beweis für, nicht gegen die eigene ausserstädtische Competenz, da die Praefecten als Mandatare blos das Recht ihres Auftraggebers ausübten[48]). Nur das ist richtig: so

[45]) Regelmässig begründet die Dedition nur einen Übergangszustand. Zuweilen aber blieben die Besiegten und ihre Nachkommen längere Zeit in der durch Dedition erzeugten Rechtslage; so die Bruttier nach dem 2. pun. Krieg: Mommsen St.R. I S. 333 N. 2, III[1] S. 139.

[46]) Vgl. Bd. I S. 53 N. 10. Amtsrechtlich muss der Lagerprocess von jeher gewesen sein; *iud. imp. continens* im Sinne des Gaius war er wohl von der Zeit an, wo man die Schriftformel kennen gelernt hatte.

[47]) Nach Mommsens Ansicht wurde den Consuln im J. 387 die Streitgerichtsbarkeit entzogen; anders Karlowa R.R.G. Bd. I S. 208. Indess giebt auch Mommsen St.R. II[1] S. 102, 103 für das Kriegsgebiet Ausnahmen zu, insbesondere: „in Italien . . consularische Civiljurisdiction in dem Umfang, welcher durch die Lagerzucht gefordert wird;“ dazu freilich St.R. I S. 123 und dagegen Wlassak P.G. Bd. I S. 53 N. 10.

[48]) Die Notwendigkeit der Stellvertretung war also hier wie in den Fällen, wo der Stadtpraetor ein ausserstädtisches Commando erhielt (Mommsen St.R. I S. 681 N. 6) lediglich Folge der Fesselung an die Stadt. Ausnahmsweise hat der Urbanpraetor selbst nach dem J.

weit jene Praefecten *legibus mittebantur*[49]), hätte der Praetor nicht neben ihnen sprechen dürfen. Im Übrigen aber kann ihm die Befugniss, *militiae* selbst Gericht zu halten, nicht gefehlt haben, mochte er nun die Stadt mit Dispensation verlassen oder mit der Absicht der Rückkehr in zehn Tagen. Wenn uns die Überlieferung, wie es scheint, im Stiche lässt, indem sie keinen ausserstädtischen Process vor dem Praetor aufweist, so kann das durchaus nicht befremden. Nicht die Wirklichkeit, nur die Möglichkeit solcher Jurisdiction wird hier behauptet; ob mit oder gegen Mommsen, das möge der Leser selbst entscheiden. Massgebend ist zunächst folgender Satz im St. R. Bd. I S. 67, 68:

. . . „bis an die Grenzlinie“ (am ersten Meilenstein) „reicht die städtische Amtsgewalt, sowohl die Civiljurisdiction des städtischen Praetors, so dass jenseit derselben kein Process von ihm gültig geordnet werden kann, wie auch die Competenz der Aedilen“ . . .

In der Anmerkung (1, S. 68) hiezu ist auf Gai. IV. 104 verwiesen. Demnach versteht Mommsen vielleicht unter dem „gültigen“ den legitimen Process. Er würde also dem Stadtpraetor die Competenz nicht absprechen, jenseits des ersten Meilensteins ein amtsrechtliches Verfahren selbst anzuordnen. Allein auf S. 71 (und Bd. II[1] S. 432) wiederholt er allerdings ohne jeden Vorbehalt: man habe die Amtsführung des Stadtpraetors auf den

---

512 persönlich commandirt; s. besonders Liv. XXIII c. 23, dazu Mommsen St.R. II[1] S. 195 N. 3, der mehrere Fälle dieser Art zusammenstellt und ohne Grund die Genauigkeit der Überlieferung bezweifelt. Vgl. noch L. Jul. mun. Z. 8, 10 und im Allgemeinen Lange Altert. Bd. I S. 772, 780, 781 (3. A.).

[49]) S. oben S. 236 N. 8.

Stadtbezirk beschränkt. Wie dem auch sei, keinenfalls ist die örtliche Begrenzung der consularisch-praetorischen Jurisdiction so weit festgestellt, dass man aus ihr mit einiger Sicherheit die Localisirung des gesetzlichen Processes ableiten könnte.

Eine dritte Erklärung, die kurz zu erörtern ist, hat Mommsen mehrfach, so in der „Rechtsfrage" und in der „Geschichte", zuletzt im „Staatsrecht" angedeutet[50]). Das Judicium legitimum sei an die Stadt gebunden, weil nur hier der Magistrat den „Beschränkungen der Verfassung" unterlag, und weil insbesondere eine Gewähr nötig schien für das Parteienrecht, die Tribune zur Intercession aufzufordern. Der Versuch, die „Verfassung" geradezu als die *lex* zu betrachten, auf der das gesetzliche Judicium beruhte, ist schon früher (Bd. I § 5) bekämpft. Jetzt liegt uns noch die Frage vor, ob sich wenigstens das Erforderniss der *urbs Roma* aus dem Mommsenschen Gesichtspunkt rechtfertigen lasse. Gegen die Bejahung spricht einiger Massen die Thatsache, dass die Beschränkungen der Magistratsgewalt keineswegs dem Judicium legitimum allein zu Gute kamen. Für den recuperatorischen Bürgerprocess ist die Intercession der Tribune ausdrücklich bezeugt (Bd. I S. 52), und die Regeln über Mandirung der Amtsgewalt in Rom[51]) lauteten sicher für den Bürgerpraetor nicht anders als für den Fremdenpraetor. Besonders in alter Zeit, wo es noch keine ständigen römischen Gerichte ausserhalb der Hauptstadt gab, und in Folge dessen Judicia *extra urbem* eine seltene Ausnahme waren, kann der von Mommsen

---

[50]) Genauere Nachweisungen giebt Bd. I der P.G. S. 19 N. 1, S. 38, 39, 50—54; dazu Mommsen St.R. I S. 69, 71 (3. Aufl.).

[51]) Vgl. Mommsen St.R. I S. 224, 225.

betonte Unterschied der beiden Processe kaum eine Rolle gespielt haben. Entscheidend aber ist die Erwägung, dass die in Rede stehenden Verfassungsnormen höchst wahrscheinlich jünger sind als die feste Verbindung des Bürgergerichts mit dem städtischen Boden. Die letztere ist wohl so alt wie die Stadtgemeinde Rom, wenn nicht älter, und genau so zu beurteilen wie die Verweisung des Marktes, der Volks- und der Ratsversammlung in den Stadtbezirk. Für all diese Geschäfte war ihrer Natur nach die Bindung an einen bestimmten Raum fast unerlässlich. Das Gericht insbesondere musste bei einem Volk mit festen Wohnsitzen bald sesshaft werden, und sein Sitz konnte passend nicht anderswo sein, als in dem geschützten, mit Mauern umgebenen Hauptort, wo die Heiligtümer sich befanden, wo die Genossen an bestimmten Tagen zum Tauschhandel, zur Beratung und zur Erledigung der öffentlichen Angelegenheiten zusammentraten[52]).

Damit ist kaum Mehr behauptet als was längst allgemein bekannt ist[53]). Nun scheint aber Nichts weiter erforderlich als diese Zusammenstellung unbestreitbarer Thatsachen, um zu begreifen, weshalb das Judicium legitimum an Rom gebunden ward. Nur der Einwand ist zu fürchten, dass die Gründe, die hier geltend gemacht sind, wie zur Localisirung des bürgerlichen so auch des Peregrinengerichtes hätten führen müssen. Allein diese ganz triftige Bemerkung verliert doch sehr an Kraft, wenn ge-

---

[52]) Vgl. übrigens für Athen Aristoteles Athen. Polit. c. 16 (col. 6), c. 53 (col. 26).

[53]) Vgl. statt Aller Mommsen St.R. I S. 71, III^1 S. 373, 378 bis 383, III^2 S. 926—931, 1181. Vermutungen über *tribus* (= Gemeindeterritorium) und *tribunal* (Gerichtssitz) in III^1 S. 95, 96.

zeigt wird, dass wirklich auch das Fremdengericht, ehe es überseeische Provinzen gab, seinen regelmässigen Sitz nur in Rom hatte. Die Belege hiefür sind ebenfalls schon von Anderen gesammelt. Wie die Jurisdiction des ersten so ist auch die des zweiten Praetors eine städtische. Livius[54]) spricht von *duae urbanae prouinciae* und von *duae iurisdictiones in urbe;* zuweilen fasst er unter dem Namen *prouincia urbana* beide Geschäftskreise zusammen, die denn auch oft genug in éiner Hand vereinigt wurden, bald von vornherein, bald nach vollzogener Loosung durch Übertragung der *prouincia peregrina* auf den Bürgerpraetor im Weg collegialischer Mandirung[55]). Wer Dies im Auge behält, wird in dem Verbot, Rom zu verlassen, welches für den Stadtpraetor erging, nicht sowohl die Fürsorge für das Bürgergericht als vielmehr für die Privatjurisdiction überhaupt erkennen. Es sollte eben mindestens éin Beamter am Platze sein, der *inter ciues* und allenfalls in Vertretung des zweiten Gerichtsherrn auch *inter peregrinos* Recht sprach. Wenn dieser Letztere viel öfter als sein städtischer Amtsgenosse Gelegenheit finden mochte, Processe *extra urbem* anzuordnen[56]), so ist das mit Nichten die Folge einer vermeintlichen Unsesshaftigkeit des Fremdengerichts, sondern nur daraus zu erklären, dass der Peregrinenpraetor, der *domi* wenig zu thun hatte, bis zum 7. Jh. sehr häufig im Auftrag des Senats *militiae* Geschäfte besorgte.

---

[54]) S. die Stellen bei Mommsen St.R. I S. 72 N. 1, II[1] S. 197 N. 3, 4, dazu S. 210, 211.

[55]) Vgl. Pernice Ztschr. f. R.G.R.A. Bd. XX[2] S. 154 N. 2.

[56]) Und hier sicher auch *inter ciues*. Ich denke an die S. 249, 250 angedeuteten Fälle.

Von ausserordentlichen Fällen abgesehen, blieb der Grundsatz, die gesammte Rechtspflege in Rom zu beschaffen, streng gewahrt bis zur Aussendung der ersten Praefecten *iure dicundo* im 5. Jh. d. St. Doch erhielten die nach und nach, zuerst für Halbbürger- bald für Vollbürgergemeinden, ins Leben gerufenen „Succursalen" keineswegs das Gepräge von Fremdengerichten. Vielmehr waren sie in erster Linie sicher und wahrscheinlich ganz und gar für die Rechtspflege unter Römern bestimmt. Geht Mommsens[57]) Vermutung nicht fehl, dass sie nur „qualitativ beschränkte Competenz" überkamen, nach Art derjenigen, die später den Municipalbehörden zustand, so wird ihnen die Gerichtsbarkeit *inter peregrinos* ebenso gemangelt haben, wie nach Gai. IV. 105[58]) zweifellos den landstädtischen Beamten der Nachaugusteischen Zeit. Hiernach ist das Jurisdictionsmonopol der Hauptstadt, wenn nicht Alles trügt, gerade für die bürgerliche Rechtspflege zuerst aufgegeben. Mithin hätte sich der Gedanke, den Vollbürgern die Vorteile der Verfassung zu sichern, jedenfalls nicht stark genug erwiesen, die aus Gründen der Verwaltungspolitik dringend gebotene Zerspaltung der Gerichtsbarkeit zu verhindern.

Eine etwas andere Bewandtniss hat es mit den nach der Eroberung von Karthagisch-Sicilien und Sardinien (etwa 527) und mit den später eingesetzten Provincialgerichten. Diese nahmen nicht blos Rechtshändel zwischen Römern an. Ihre Hauptaufgabe wird es gewesen sein, Processe unter Angehörigen verschiedener Peregrinenge-

---

[57]) St.R. III[1] S. 581 N. 3, S. 813, 815, dazu oben S. 220, 221 N. 3.

[58]) S. oben S. 226, 232, 236 N. 5.

meinden zu ordnen und solche unter Römern und Fremden[59]). Natürlich war es ganz unmöglich, auch aus den entfernten, überseeischen Gebieten, alle oder nur den grösseren Teil der Streitsachen nach Rom zu ziehen. Bedenkt man nun die in älterer Zeit spärliche Zahl der in den Provinzen lebenden Römer, so ist die Beschaffenheit der statthalterlichen Rechtspflege unschwer zu erraten. Ohne Zweifel war sie überwiegend Jurisdiction *inter peregrinos.* Andererseits wäre es gewiss verfehlt, diesen Umstand zu betonen und zu glauben, die römische Regierung habe die Loslösung der Gerichtsbarkeit vom hauptstädtischen Boden um deswillen leichter zugestanden, weil hier weniger Bürger- als Fremdenprocesse in Frage kamen. Solche Rücksichten hatten die Errichtung der italischen Praefecturen nicht aufgehalten, und in gleicher Weise blieben sie bei der Ordnung der überseeischen Verwaltung ausser Anschlag. Wie hätte man sonst den Provincialpraetoren die Jurisdiction auch *inter cives* verleihen können[60])? Allerdings durften die Statthalter bürgerliche Sachen nach Rom verweisen; doch war dies keine Schranke ihrer Gewalt, da sie nach freiem Ermessen über Annahme oder Ablehnung entschieden.

Wir sehen also: die Beschränkung der Gerichtsbarkeit auf die Bannmeile hat schwerlich einen Zusammenhang mit den am Stadtboden haftenden Verfassungsnormen. Rom

---

[59]) Vgl. zu Cic. Verr. II c. 13 § 32 oben S. 135—138. Ein Beispiel statthalterlicher Jurisdiction (in Asia) zwischen Peregrinen derselben Gemeinde bietet Cic. pro Flacco c. 20, 21 § 47—49, dazu c. 20 § 46.

[60]) Vgl. Cic. ad fam. XIII e. 26, in Verr. III c. 60 § 138, 139, Proc. Dig. 1, 18, 12, Ulp. D. 1, 16, 7, 2, Marcian D. 1, 18, 11, Mommsen St.R. I S. 191, II[1] 220, 267, 268 N. 1, III[1] S. 748.

ist eben Jahrhunderte lang der einzige ordentliche Gerichtsort gewesen wie für die Bürger so für die geschützten Fremden, die doch an den Verfassungsrechten gar keinen Anteil hatten. Somit ist auch der Mangel von Legalordnungen für alle Processe, wo ein Nichtbürger auftrat, keineswegs daraus abzuleiten, dass die Judiciargesetze ihre Geltung auf Rom beschränkten, während ein Fremdenprocess auch ausserhalb stattfinden konnte, sondern lediglich aus dem früher dargelegten Grundsatz, dass die Leges die Fremden nichts angingen. Die Gerichte aber wurden in die Bannmeile verwiesen und sind lange Zeit die einzigen im römischen Gebiet geblieben, weil alles politische Leben seinen Sitz in Rom haben sollte, in der Hauptstadt, die selbst nach der vollen Verschmelzung mit Italien den Anspruch nicht fahren liess, der ganze Staat zu sein, zu dem die Gebiete der Municipien nur als Erweiterung, die Provinzen als Landgüter des römischen Volkes hinzutraten. Besonders bezeichnend für diese Anschauung ist die bekannte Phrase: *Roma communis patria*[61]), die Vernämlichung des römischen Stadtbürger- und des Reichsbürgerrechts, und die Beibehaltung der an die Urbs gebundenen Urversammlungen, die, für ein städtisches Gemeinwesen bestimmt, auch ohne den Sittenverfall die Einigung Italiens nicht überleben konnten, ohne zum Possenspiel herabzusinken.

Die hier vorgetragene Ansicht über Rom als Gerichtsort kann vielleicht noch befestigt werden durch Vergleichung der beiden hauptstädtischen Processordnungen mit ähnlichen

[61]) Wie Cic. De leg. II c. 2 § 5 so noch Modestin D. 50, 1, 33; vgl. Callistr. D. 48, 22, 19 (Mo. 18), Ulp. D. 48, 22, 7 § 15, 16, Mod. D. 27, 1, 6, 11.

Gesetzen, die gewissen Municipien und Colonien gegeben wurden. Namentlich kommen folgende Stellen in Betracht. Aus dem von Mommsen ins Jahr 695 gesetzten Ackergesetz (Lachmann p. 265 Z. 5—7):

Cum curator hac lege non erit, tum quicumque magistratus in ea colonia municipio praefectura foro conciliabulo iure dicundo praeerit, . . .

Aus dem Atestiner Fragment Z. 4—7 (ähnlich Z. 10, 11, 17):

de ea re in eo municipio colonia praefectura iudicio certare [uolet] . . . quo minus ibei d(e) e(a) r(e) iudex arbiterue addicatur detur, quoue minus ibei d(e) e(a) r(e) iudicium ita feiat, . . .

Aus der Rubria c. 21 II Z. 2—4, 14, 15 (fast ebenso c. 22 II Z. 25, 26, 28, 31):

A quoquomque pecunia certa credita, . . . in eorum quo o(ppido) m(unicipio) c(olonia) p(raefectura) f(oro) u(eico) c(onciliabulo) c(astello) t(erritorio)ue, quae sunt eruntue in Gallia Cisalpeina[62]*, petetur, . . . sei is eam pecuniam in iure apud eum, quei ibei i(ure) d(eicundo) p(raerit), . . .*

ferner c. 23 II Z. 53, 54:

Queiquomque in eorum quo o. m. c. p. f. u. c. c. t. ue. quae in Gallia Cisalpeina sunt erunt, i(ure) d(eicundo) p(raerit), . . .

und was das Verfahren vor dem *IIuir IIIIuir praefectusue Mutinensis* (c. 20 I Z. 27, 28, 37, 38) anlangt, c. 20 I Z. 50:

---

62) Im c. 20 I Z. 7 heisst es kurz: *in Gallia Cisalpeina.* Insofern diesen Worten das *ibei (i. d. p.)* der Z. 9 entspricht, stehen sie sicher nur anstatt des weitläufigeren *in eorum quo oppido . . quae in Gallia Cisalp. s. e.*

nisei sei ***Mutinae*** *ea res agetur.*

Aus der Lex Ursonensis c. 94:

Ne quis in hac colon(ia) ius dicito neue cuius in ea colonia iurisdictio esto nisi IIuiri aut quem IIuir praef(ectum reliquerit) aut aedilis, . . .

und c. 76, 103:

Quicumque in col(onia) Genet(iua) ⟨*Iulia IIuir praef(ectus)ue*⟩ *i(ure) d(icundo) praerit,* . . .

Aus der L. Salpensana c. 25 (dazu c. 26):

Ex IIuiris qui in eo municipio i(ure d(icundo) p(raeerunt), uter postea ex eo municipio proficiscetur neque eo die in id municip[i]um esse se rediturum arbitrabitur, quem praefectum municipi . . . *relinquere uolet,* . . .

Vorweg ist Eines zu bemerken. Das Ackergesetz und die Rubria erwähnen an erster Stelle (nicht in gleicher Reihenfolge) das *municipium*, die *colonia* und *praefectura;* doch fügen sie Ortsnamen hinzu: *f. u. c. c. t. ue,* welche die Kunstsprache sonst zur Bezeichnung städtischer Gemeinwesen nicht verwendet. Die richtige Deutung hievon findet sich bei Mommsen[63]). Es hat Ortschaften gegeben, denen im Laufe der Zeit bald volles bald gemindertes Stadtrecht (mit eigener Jurisdiction) zu Teil ward, und die trotzdem nach wie vor *forum*, *conciliabulum* u. s. w.[64]) hiessen. Diese und keine anderen hat das Rubrische Gesetz im Auge, worauf schon das Wort *oppidum* hinweist,

[63]) St.R. III¹ S. 798, 799 u. S. 790, 791 N. 2.

[64]) Über das am Schlusse stehende *territorium* sagt Mommsen St.R. III¹ S. 799, es sei „hinzugefügt, um für den immer noch möglichen Fall, dass auf ein städtisches Gemeinwesen keine der bisher angef. Benennungen passt, eine Aushülfe zu bieten."

welches die Aufzählung eröffnet, weil es „der allgemeine alle folgenden Kategorien zusammenfassende Name" ist[65]).

Wenn demnach die angeführten Texte nur von städtisch organisirten Gemeinden handeln, so darf man weiter forschen, wo die Beamten *iure dicundo* ihren Sitz hatten; ob sie ihn frei wählen durften innerhalb des Territoriums ihrer Civitas, also nach Gutdünken auch im Landbezirk (*ager*, *regio*), oder ob sie gebunden waren an den städtischen Mittelpunkt. Eine Entscheidung im letzteren Sinn ist besonders durch die Lex Rubria nahegelegt. *Oppidum* hat nicht blos und nicht zuerst politischen Wert. Ohne Zweifel zeigt es ursprünglich den umfriedigten Raum an, im Gegensatz zum Ager, und in der Lex Ursonensis, die ziemlich gleich alt ist wie die Gerichtsordnung für Gallien, wird es unverkennbar genau in dieser Bedeutung wiederholt gebraucht[66]). Wenn nun der Verfasser der Rubria dasselbe Wort seiner neunstelligen Gemeindebezeichnung voraufschicken konnte (*in oppido*), so muss ihm wohl die Stadt (mit Ausschluss des Landbezirks) als Sitz der Jurisdiction vorgeschwebt haben. In den anderen Gesetzen steht freilich *municipium* oder *colonia* allein, und unmöglich scheint es nicht, diese Ausdrücke auf das ganze Territorium zu beziehen. Momm-

[65]) So Mommsen St.R. III[1] S. 791 N. 2, dem ich aber hinsichtlich der Auslegung von *oppidum colonia(ue)* in der L. Urson. nicht zustimmen kann. M. E. steht *oppidum* (vor oder nach *colonia*) nur da, wo das Gesetz recht deutlich eine Bestimmung auf die Stadt (im Gegensatz zum Landbezirk, *ager*) beschränken will. Man lese die betr. Cap. 73, 74, 75, 76, 91, 99; dazu L. Malac. c. 62 u. Mommsen selbst Ephem. ep. III p. 110—112.

[66]) S. die vorige Note, dazu Pompon. D. 50, 16, 239 § 7, 8: *Oppidum ab ope (!) dicitur, quod eius rei causa moenia sint constituta. Territorium est uniuersitas agrorum intra fines cuiusque ciuitatis*, Varro l. l. V c. 32 § 141; Mommsen St.R. III[1] S. 790 N. 1.

sen[67]) hat früher das *proficisci ex eo municipio* im 25. Cap. der Salpensana von der Entfernung aus der Stadt verstanden; neuerdings hält er das Überschreiten der Gebietsgrenze für massgebend. Doch ist vielleicht die Urkunde aus der Zeit Domitians minder sorgfältig gefasst als die Caesarische von 710. Diese führt, wo es Not thut, eine ganz klare Sprache. *Colonia* heisst zunächst nur die Stadt, daher der Insasse, der auch ausserhalb der Mauern wohnen kann: *qui in ea colonia intraue eius coloniae fines*[68]) *domicilium . . . habebit* (c. 98), und demgemäss (c. 77, 78, 79, 104) das ganze Gebiet: *fines, qui coloniae Iuliae* ⟨*dati*⟩ *erunt* oder *ager, qui colon(is) huiusce coloniae diuisus erit.* Wie es schwerfällt, im selben Gesetz (c. 76, 103) *colonia* doch wieder das Territorium vertreten zu lassen, so erregt es andrerseits Bedenken, nach der Lex Malacitana (c. 66) den *in eo municipio* Geldbussen verhängenden Duovirn die Ausübung dieses Rechtes nur in der Stadt zuzugestehen. Sollen wir also eine Änderung der Sprachweise zwischen Caesar und Domitian annehmen? Offenbar eine an sich missliche Ausflucht, der man obendrein die Thatsache entgegenhalten kann, dass die Lex Ursonensis an solchen Stellen, wo sie blos die Stadt meint, zu *colonia* vorsichtig *oppidum* hinzufügt (S. 260 N. 65). Mithin waren wohl *municipium* und *colonia* schon im letzten Jahrhundert der Republik zweideutige Worte.

Das Für und Wider ist mit dem Gesagten noch nicht

---

67) Stadtrechte S. 443, 444 („die Stadt . . . Rom verliess", darnach „Stadtgebiet" auf S. 448, 449 = Stadt), anders Staatsrecht I S. 664 N. 2 („Genetiva" ist Druckfehler); vgl. aber oben S. 248 N. 40.

68) Wohl zu unterscheiden von *fines oppidi coloniaeue* (c. 73).

erschöpft. Doch sollte nur gezeigt werden, dass ein unanfechtbares Ergebniss vorläufig kaum in Aussicht steht, und dass der Wahrscheinlichkeitsschluss, zu dem ich gelange, nicht willkürlich ersonnen ist. Nach meinem Ermessen waren die Municipalgerichte ebenso sesshaft wie die der Praetoren in Rom, und ihr regelmässiger Sitz war innerhalb der Stadtmauern[69]. Für Beides braucht man die Gründe nicht weit herzuholen. Ein bestimmter Ort diente als Gerichtsstätte, weil die Bürger sicher wissen sollten, wo sie Rechtshülfe zu suchen haben[70]; die Stadt aber wurde gewählt, nicht etwa der Tribunenintercession wegen, — diese Einrichtung blieb den Municipien durchaus fremd — sondern einfach als der Mittelpunkt der Regierung und des gesammten öffentlichen Lebens. Indess war doch keineswegs die ganze Jurisdiction an die Stadt gefesselt, noch weniger die zu ihr in einiger Beziehung stehende Coercition. Daraus und aus dem weiteren Umstand, dass ein in der Stadt erlassenes Decret auch Personen und Sachen im Landbezirk betreffen und dort zwangsweise durchgeführt werden konnte, erklären sich Äusserungen wie die des Siculus Flaccus p. 135 Z. 4—7 (Lachm.), Pomp. D. 50, 16, 239, 8 und Paul. D. 2, 1, 20, denen zufolge die *regio* oder das *territorium* als der örtliche Wirkungskreis der

---

[69]) Vgl. Paul. IV. 6, 2 (Testamentseröffnung in den Landstädten *in foro uel basilica* nach der L. Julia uices.), Suet. De rhet. c. 6.

[70]) Bestimmte Gerichtsorte waren wohl auch den italischen Praefecten vorgeschrieben. Nur hatte Einer zuweilen an mehreren Orten Recht zu sprechen. In den Provinzen mochten die Statthalter mit ziemlicher Freiheit schalten; s. Marquardt St.V. Bd. I S. 80 N. 3. Doch wird mindestens das Herkommen die Conventstädte bezeichnet haben; vgl. Cic. in Verr. V c. 11 § 28 (*soleant*), Zimmern R.G. Bd. III S. 20.

Municipalbeamten erscheint[71]). Ferner würden wir so begreifen, weshalb ein Gesetz, wie das von Urso, welches Stadt und Gebiet sorgsam unterscheidet, die Jurisdiction der Duovirn weder *intra fines coloniae* bannt noch *in oppidum coloniamue.* Passend konnte nur das schillernde *in colonia* gesetzt werden, weil, wie ich glaube, gewisse Rechtspflegeacte *in oppido,* andere irgendwo *intra fines ciuitatis* stattfinden sollten.

Im gemeinen Processrecht der römischen Bürger ist diese Sonderung nicht zu verkennen; sehr möglich, dass sie in die Municipalrechte übertragen wurde. Was für Handlungen aber an Rom gebunden waren, das ist aus Gai. IV. 104 leicht zu entnehmen. *Legitima sunt iudicia quae . . . accipiuntur*: d. h. die Streitbefestigung musste *in urbe* erfolgen, und so gewiss auch der mit ihr in notwendiger Verbindung stehende Jurisdictionsact der Formelgenehmigung, das *iudicem iudiciumue dare.* Hingegen konnte man die Vorbereitung des Rechtshandels unmöglich in den Raum bis zum ersten Meilenstein einschliessen. So lang es nur ein einziges Bürgergericht gab, muss die Vocation vor den Consul und den Praetor im ganzen römischen Gebiet zulässig gewesen sein[72]), und sicher war die Gesetzlichkeit des weiteren Verfahrens durch die *militiae* vorgenommene Ladung in keiner Weise gefährdet. Ebenso aber haben wir unbedenklich auch die

[71]) Die Frage des Wirkungskreises, die uns hier nicht kümmert, ist streng zu sondern von der des Gerichtsorts. Der Praetor urbanus war an Rom gebunden; sein „Territorium“ aber in dem oben bezeichneten Sinn war nicht Rom allein, sondern Italien, ja das ganze Reich; vgl. Bethmann-Hollweg Civilpr. Bd. II S. 116 z. N. 11, S. 787, 788.

[72]) Vgl. übrigens Ulp. Dig. 5, 1, 5.

vorbereitenden Acte der Magistrate zu beurteilen. Wenn nach Liv. Epit. 86 der Proconsul Sulla während des Bürgerkriegs, und während die Hauptstadt noch den Demokraten gehörte, *litigatores . . . uadimonia Romam differre iussit*, oder der Gallische Duovir (L. Rubr. c. 21 in f.) einer Partei auferlegte, *uadimonium Romam*[73]) *promittere*, so ist durch diese *extra urbem* erlassenen Decrete die Aussicht auf Begründung eines legitimen Processes keinenfalls zerstört worden. Dem Anschein nach waren überhaupt im gesetzlichen Streitverfahren lediglich die oben genannten Acte an Rom gefesselt[74]).

Ähnlich dürfen wir vielleicht die Jurisdiction in den Municipien geordnet denken. Vermutlich war auch hier die Stadt nur für das *iudicium dare* und die Streitbefestigung der gebotene Ort; im Übrigen mochte die Rechtspflege sammt der Legisactio — wo sie den Localbehörden zustand — im ganzen Territorium statthaft sein. Einigermassen unterstützt wird diese Annahme durch das Rubrische Gesetz, sofern wir die Worte *in oppido* richtig deuten[75]), und durch die mehrfach für Landstädte bezeugten[76]) Ge-

73) Auch für das Umgekehrte — Schrutka Über den Schlusssatz im c. 21 leg. Rubr. S. 10 betont nicht den Gegensatz — haben wir ein Beispiel in D. 5, 1, 2, 6 (Ulp.): ein in Rom vor dem Praetor erzwungenes Vadimonium, um die anderorts zu vollziehende L.C. zu sichern.

74) Näheres unten § 35 S. 277—285.

75) Vornehmlich käme c. 23 L. Rubr. in Betracht. C. 21, 22 sprechen zwar vom *petere*, doch führt dieses nicht zur Streitbefestigung. Aus c. 20 vgl. I Z. 48, 50 (*Mutinae*). S. oben S. 229—231.

76) S. o. S. 262 N. 69: dazu C.I.L. V nr. 3401 (p. 346 — Verona); vgl. auch Paul. Vat. 112. Mit Unrecht hat man den Municipalbeamten das Tribunal abgesprochen: Heineccius Ant. Synt. IV. 6 § 7, dagegen Zimmern R.G. Bd. III S. 19.

richtsbühnen, namentlich durch das von Vitruv[77]) beschriebene, sicher unbewegliche Tribunal in der Vorhalle des Augustustempels zu Fanum[78]). Sonst freilich versagt die Überlieferung. Die bisher gefundenen Tafeln mit Bruchstücken spanischer Stadtrechte gewähren keinen Aufschluss, weil sie nirgends vom Privatprocess handeln, insonderheit an keiner Stelle von der Litiscontestatio. Demnach ist es nicht ausgeschlossen, einem verlorenen Capitel Bestimmungen über die *in oppido* zu vollziehenden Jurisdictionshandlungen zuzuschreiben. Doch wäre es unvorsichtig, diese Behauptung stark zu betonen und Vermessenheit, die weitere Frage zu beantworten, ob der gesetzwidrig am unrechten Ort contrahirte Process für durchaus nichtig galt.

§ 35. Rom und die Bannmeile. — Gerichte mit gesetzlichem Rechtsgang. — Die nach der Lex Aebutia-Julia an Rom gebundenen Processacte.

Auf Grund der vorstehenden Erörterung wird es erlaubt sein, über Rom als Gerichtsort etwa Folgendes zu sagen. Die Verweisung der Processe in die *urbs*, d. h. in den von Mauern umschlossenen Raum, war den Römern schwerlich eigentümlich und ist unzweifelhaft in sehr alte Zeit zurückzuführen. Vergebliche Mühe wäre es, dem ersten Gesetz nachzuspüren, welches diese Norm aussprach. Was sie forderte erschien ganz selbstverständlich und beruhte wohl noch am Anfang der Republik auf ungeschriebenem Her-

---

[77]) De archit. V. 1 § 7, 8 (ed. Rose-Müller — die Interpunction m. E. verfehlt). Die *aedes Augusti* stand in Verbindung mit der Basilica. Die Pläne hatte Vitruv selbst entworfen.

[78]) „*Colonia Iulia Fanestris*“; s. Mommsen im Hermes Bd. XVIII S. 182.

kommen. Ob die Zwölftafeln[1]) und spätere Gesetze für das Spruchverfahren, sei es für die Actio *sacramento*[2]) oder auch für andere Arten, einen bestimmten Platz innerhalb der Stadt (das Comitium) vorschrieben, und ob dabei sacrale Rücksichten mitspielten, das berührt uns nicht weiter. Üblich war es gewiss für die Regel der Fälle, immer am selben Ort Recht zu sprechen. Allein zwingende Normen, deren Verletzung Nichtigkeit zur Folge hatte, können wir schon für das Jahr 539 nicht mehr annehmen[3]). Damals kurz nach Cannae, als ein Vormarsch Hannibals auf Rom möglich schien, verlegten die Praetoren ihre Tribunale *ad Piscinam publicam*, vermutlich vor das Thor, um der Bürgerschaft Mut zu machen.

Eo — erzählt Liv. XXIII. c. 32 — *uadimonia fieri iusserunt*: *ibique eo anno ius dictum est.*

Auch in anderer Beziehung ist diese Nachricht von Bedeutung. Wie es scheint war im 6. Jh., und wohl schon lang vorher, die Grenze des für die städtische Jurisdiction bestimmten Raumes am ersten Meilenstein, — nicht an der Mauer — genau so wie unter Pius. Eine hievon abweichende ältere Ordnung ist durch ausdrückliche Zeugnisse überhaupt nicht zu erweisen. Indess kennt doch die Auguraldisciplin und das römische Staatsrecht eine zweite durch den Mauerring oder eigentlich durch das Pomerium[4]) gebildete

---

[1]) Über I. 6, 7 (A. ad Her. II c. 13 § 20) vgl. Dernburg Ztschr. f. R.G. Bd. II S. 80, 81, Karlowa Legisactionen S. 268—271, Bechmann L. A. sacramenti S. 26, 27.

[2]) S. oben S. 248 N. 37.

[3]) Vgl. Mommsen in Bekkers Jahrb. Bd. VI S. 392 N. 2 gegen Dernburg Ztschr. f. R.G. Bd. II S. 82, 83.

[4]) Es liegt mir fern, in den schwierigen Streifragen über das Pomerium Stellung zu nehmen. Litteratur bei Karlowa R.R.G. Bd. I

Grenze, die gewiss Niemand für jünger halten wird als die bei Gaius erwähnte. Vom Pomerium wissen wir, dass dessen Überschreitung den ausziehenden Magistrat zum Feldherrn machte [5]) und dem heimkehrenden Promagistrat die Gewalt entzog (Ulp. D. 1, 16, 16, Liv. XXVI. c. 9), dass es die *auspicia urbana* [6]) und die vier Servianischen Tribus [7]) einschloss, und wir wissen endlich, dass in gewissem Sinn [8]) auch die Provocation und die Intercession der Tribune in den inneren Stadtraum gebannt war, ohne diese Beschränkung jemals ganz abzustreifen. Im Wesentlichen scheidet freilich in geschichtlicher Zeit nicht mehr die Mauer sondern der erste Meilenstein das Friedens- und das Kriegsgebiet. Wenn dessen ungeachtet das Pomerium in mancher Beziehung wichtig bleibt, und der nächste Umkreis vor den Thoren der Stadt weder durchaus dem einen noch durchaus dem anderen Gebiet zugehört, so drängt sich unabweislich die Vermutung auf, dass einstmal eine ältere Ordnung vorhanden war, der gegenüber das neuere Recht nicht vollständig durchzudringen vermochte [9]).

---

§ 8, Schiller in I. Müllers Handb. Bd. IV. 2 S. 507, dazu Mommsen St.R. I S. 63 N. 2.

[5]) Belege bei Mommsen St.R. I S. 64. Vgl. noch Dio LIII c. 13 über den Proconsul der Kaiserzeit.

[6]) Varro l. l. V c. 32 § 143. Weiteres bei Marquardt St.V. Bd. III S. 408 (2. A.).

[7]) So Dionys IV c. 14, dazu Mommsen St.R. III[1] S. 162—164.

[8]) Aus der Überlieferung ergeben sich grosse Schwierigkeiten. Eine annehmbare Lösung bietet Mommsens Darstellung: St.R. I S. 66—72.

[9]) Darauf deutet wohl auch Mommsen St.R. I S. 63, 64, 67 hin. Geradezu ausgesprochen ist die obige Vermutung von Karlowa R. R.G. Bd. I S. 88, dazu S. 224. Ganz aussichtslos wäre der Versuch, die Zeit irgendwie zu bestimmen, wo die Änderung sich vollzog. Nach Liv. III c. 20 hätte schon im J. 294 der 1. Meilenstein die Provocationsgrenze bezeichnet.

Hiernach ist wahrscheinlich auch das ordentliche Gericht der frühesten Republik an die Urbs gefesselt gewesen, während später das Hinauswachsen der Stadt über den Mauerring eine Vorschiebung der rechtlichen Grenze gegen das Kriegsgebiet notwendig machte, m. a. W. eine Ausdehnung des für die Amtsführung *domi* und die darin enthaltene Jurisdiction bestimmten Raumes.

Eine Spur dieses Wandels hat auch die Sprache bewahrt. *Urbs* hiess, wie noch Paulus[10]) bemerkt, lediglich der mit Mauern umgebene Stadtteil, und *urbs Roma*[11]) durfte man in strenger Rede nur zur Vertretung desselben Begriffs verwenden. Für Das, was wir oben „Stadtbezirk“ oder „Bannmeile“ nannten, fehlt den Römern der Ausdruck. Ganz passend konnte dafür nur *u. R. propiusque urbem R. passus mille*[12]) gesetzt werden. Dieser Mangel ist höchst auffallend und wäre kaum zu erklären, wenn die Unterscheidung der Amtsführung *domi-militiae* von vornherein an den ersten Meilenstein anknüpfte. Ist dagegen der „Stadtbezirk“ erst in späterer Zeit allmälich anerkannt, und galt er den Römern nicht als etwas Neues, Selbständiges, sondern blos als erweiterte Altstadt, dann begreift man die Entstehung der angeführten Formel, in der zur *urbs* die *passus mille* hinzutreten. Natürlich war eine so

---

[10]) D. 50, 16, 2, pr. — 3, 3, 6 — 40, 2, 17; vgl. auch D. 33, 9, 4, 4, ferner Varro l. l. V c. 32 § 143, Lael. Fel. bei Gell. XV. 27, 5.

[11]) Vgl. L. Jul. mun. Z. 20, 27, 50, 67, 68, 69, 77, Alfen D. 50, 16, 87, Gai. IV. 104. Dass man unter *u. R.* gelegentlich Anderes verstand, zeigt Paul. D. 33, 9, 4, 4.

[12]) So häufig die L. Jul. mun. (N. 11), das S.C. bei Val. Max. II c. 4 § 2, Liv. III c. 20, XXXIV c. 1, XLIII c. 11 (13). Karlowa R. R. G. Bd. I S. 87 hält *u. et urbi continentia aedificia* für gleichbedeutend; dagegen Mommsen St.R. I S. 63 N. 2, S. 68 N. 2, II² S. 1035 N. 1.

schwerfällige Umschreibung, die man in Legaltexten hinnehmen mochte, durchaus ungeeignet, volkstümlich zu werden. Demnach blieb nichts Anderes übrig als die Umprägung der schon im Schwang befindlichen Ausdrücke. Am besten empfahl sich hiezu das Wort *Roma*, dessen Bedeutung nie scharf bestimmt war. Daneben aber gebrauchte man, dem eigentlichen Wortwert entgegen, auch *urbs* und *urbs Roma*. Doch wussten die Römer sehr gut, dass diese Redeweise von der ursprünglichen abweicht, und damit legen sie unwillkürlich Zeugniss ab über das geschichtliche Verhältniss der beiden Stadtgrenzen sowohl wie der an sie gebundenen Ordnungen.

Belege für das eben Gesagte wären leicht in ansehnlicher Zahl herbeizuschaffen. Uns gehen hauptsächlich diejenigen an, welche sich auf den Amtssitz des Bürgerpraetors beziehen[13]). Wie bekannt heisst dieser Magistrat, mindestens seit dem Anfang des 6. Jh., *pr. urbanus;* so beispielsweise im S. C. gegen die Bacchanalien (568) und in der Caesarischen L. mun. (Z. 8, 11), wo indess die Bemerkung nachfolgt: *sei is Romae non erit.* Ähnlich spricht das Ackergesetz aus dem J. 643 (Z. 73, 74) vom *praetor, quei . . . Romae ious deicet*, das Rubrische (c. 22 II Z. 42, 43, 45, 48, 50) vom *praetor isue quei . . . Romae*

[13]) Sonst sei nur hingewiesen auf Cic. De leg. III c. 3 § 6: . . *aediles curatores urbis*, in Verr. V. c. 14 § 36, womit man L. Jul. mun. Z. 20—23 vergleichen möge; ferner auf Gell. III. 2, 11: . . *tribuni plebei, quos nullum diem abesse Roma licet . . . in urbe Roma sunt,* dazu Dionys VIII c. 87: . . . *οὐδενὸς γάρ εἰσι τῶν ἔξω τῆς πόλεως οἱ τὴν δημαρχικὴν ἔχοντες ἐξουσίαν κύριοι· περιγέγραπται γὰρ αὐτῶν τὸ κράτος τοῖς τείχεσι, καὶ οὐδ' ἀπαυλισθῆναι τῆς πόλεως αὐτοῖς θέμις* . . ; auf den *quaestor urbanus* der Inschriften (Mommsen St. R. II¹ S. 535 N. 2); und wegen der Vier- und Zweimänner für Strassenreinigung in Rom auf Mommsen St. R. II¹ S. 603, 604.

i. d. praerit[14]) und demgemäss vom *uadimonium Romam* (c. 21 II Z. 21), desgleichen das Estenser Fragment (Z. 17) von der *Romae(=Romam) reuocatio.* Bei Livius[15]) begegnet sehr häufig *prouincia* (*sors*, *iurisdictio*) *urbana*, auch *iurisdictio in urbe;* doch weist Mommsen zweimal die Verwendung von *Roma* statt *urbs* nach, einmal die Verbindung: *Romae i. d. urbana sors.* Wie sich Cicero (Phil. II c. 13 § 31) über die Anwesenheitspflicht des städtischen Gerichtsherrn äussert, das wissen wir schon aus dem Früheren (S. 247): als verboten bezeichnet er das *abesse . . ab urbe.* Aus den Gaianischen Institutionen ist I. 185 hervorzuheben: *tutor . . . datur in urbe Roma*[16]) *ex lege Atilia a praetore urbano et maiore parte tribunorum plebis*, . . . und I. 20 über die Manumission nach dem Aelischen Gesetz, die übrigens nicht notwendig vor den Bürgerpraetor gehört. Als Schauplatz dieser Freilassung ist einmal die *urbs Roma* genannt, und dann sofort *Roma* ohne Zusatz. Ulpian endlich sagt im Regelbuch (XI. 18) von der L. Atilia: *Romae tantum locum habet*, und nach der Handschrift erwähnt er zweimal (XI. 20, 24) den *praetor urbis*, wo aber das letzte Wort vielleicht aus falscher Auflösung der Kürzung *urb* hervorging, so dass mit Schilling *urbanus* zu lesen wäre.

Nun ist es freilich unmöglich, überall den genauen Sinn zu ermitteln, den zunächst die angerufenen Autoren und weiter die alten Quellen, aus denen sie schöpften, mit

---

[14]) Ebenso vom Peregrinenpraetor c. 20 I Z. 24, 25, 34: *is quei Romae inter peregrinos ius deicet.*

[15]) Berücksichtigt sind die von Mommsen St.R. II[1] S. 196 N. 3, S. 197 N. 1, 3 angeführten Stellen.

[16]) Vgl. auch Tryph. Dig. 27, 1, 45, 3.

urbs[17]) und *urbanus* verbanden; indessen für den vorliegenden Zweck auch nicht erforderlich. Entweder denken unsere Gewährsmänner — vielleicht auch nur einige von ihnen — wirklich an die innere Stadt, die sie als ursprünglich vorgeschriebenen Gerichtsort ansehen; oder sie fassen auch den Umkreis bis zum ersten Meilenstein ins Auge und benennen den Stadtbezirk nach dem Kern, den er enthielt. Im ersten Fall wäre unmittelbarer Beweis erbracht für die einstmalige Verweisung der Jurisdiction in den Raum bis zum Pomerium; im zweiten Fall bleibt wenigstens der Wahrscheinlichkeitsschluss aufrecht, der aus dem Mangel einer passenden Bezeichnung für das spätere Friedensgebiet und aus anderen Umständen abgeleitet wurde.

Unter die Stellen, die vom Amtssitz des Praetors handeln, sind oben zwei nicht aufgenommen, denen besondere Bedeutung zukommt: Liv. VI c. 42:

. . . *concessum* . . . *a plebe nobilitati de praetore uno, qui ius in urbe diceret, ex patribus creando.*

und Pomp. l. 2 § 27 D. de O. I. (1, 2):

Cumque consules auocarentur bellis finitimis neque esset qui in ciuitate ius reddere posset, factum est, ut praetor quoque crearetur, qui urbanus appellatus est, quod in urbe ius redderet.

Beide betreffen die Einsetzung der ältesten Praetur (387 d. St.) und bestimmen die Aufgabe des neuen Beamten beinahe mit denselben Worten, indem sie sagen: er sollte das Recht weisen *in urbe*. Dieser Bericht klingt

---

[17]) Nachweislich steht *urbs* in der engeren Bedeutung z. B. bei Ulp. D. 1, 16, 1, Paul. D. 40, 2, 17, Marcian D. 1, 16, 2, pr.; vgl. Dio LIII c. 13, Mommsen St.R. II[1] S. 257, dazu aber St.R. I S. 67 N. 3.

fast wie ein Citat aus dem Gründungsgesetz. Und in der That kann sehr wohl ein Satz überliefert sein, der aus dem Licinischen Plebiscit selbst herstammt, auch wenn dessen Text in den Zeiten des Livius und Pomponius längst verschollen war. Wer das aber zugiebt und keine Kürzung des Legalsatzes behauptet, der wird auf die *urbs*, wo der Praetor Recht sprechen soll, grosses Gewicht legen müssen. Konnte doch ein Plebiscit von 387 das Wort schwerlich anders als in seinem eigentlichen Sinn gebrauchen. Somit hätte die Lex Licinia, die den ständig gewordenen Stadtpraefecten durch einen vom Volk gewählten Magistrat ersetzen wollte[18]), für die Jurisdiction des neuen Gerichtsherrn noch denselben Raum innerhalb des Pomeriums vorgeschrieben, an den der stadtrömische Vertreter der Oberbeamten allezeit, selbst unter dem Principat, gebunden war. Die letztere Thatsache ersehen wir aus dem oben S. 249 N. 42, 43 erläuterten fr. 3 D. de off. (1, 12) von Ulpian. Der Ausspruch dieses Juristen dürfte deutlicher als irgend ein anderes Zeugniss auf die älteste Jurisdictionsgrenze hinweisen, an der man später blos für den Praetor nicht festhielt.

Wichtig ist der weitere Gewinn, den wir aus den übereinstimmenden Erzählungen des Livius und Pomponius ziehen können. Allem Anschein nach wurde die Rechtspflege des Praetors im Jahr der Errichtung dieses Amtes gesetzlich an Rom gefesselt *(qui ius in urbe diceret)*. Gewohnheitsrechtlich stand die Norm von Alters her fest; jetzt wurde sie, vielleicht zum ersten Mal, legalisirt, um

---

[18]) S. Mommsen St.R. I S. 666. Dass das Rechtsprechen die Hauptaufgabe des Stadtpraefecten war, zeigt M. a. a. O. S. 673, 667 N. 1.

fortan Geltung zu bewahren, so lang überhaupt der Praetor urbanus im Besitz der Gerichtsbarkeit verblieb. In gewissem Umfang war damit von selbst für den Gerichtsherrn die Anwesenheitspflicht gegeben. Gesteigert und näher bestimmt ist diese Obliegenheit wohl erst in der Folgezeit, nach Einsetzung der zweiten Praetur[19]). Dagegen haben wir eine wiederholte Einschärfung des Gebots, in Rom Recht zu sprechen, durch die Gerichtsordnungen, namentlich durch die Aebutia und Julia gewiss nicht anzunehmen. Dafür bietet weder die Überlieferung einen Anhalt, noch wäre der Grund ausfindig zu machen, der dazu geführt hätte. Das Gebot war also nicht wiederholt, wohl aber in allen Processordnungen vorausgesetzt. Beide Leges, die Aebutia wie die Julia, wandten sich an den in der Bannmeile zwischen Bürgern sprechenden Beamten, und fanden daher lediglich auf stadtrömische Processe Anwendung. Hiemit dürfte das Gaianische Erforderniss der *urbs Roma* völlig aufgeklärt sein.

So lang für römische Bürger nur ein einziges Gericht vorhanden war, konnte sich die Lex gar nicht auf andere als auf die in Rom anwesenden Magistrate beziehen. Dunkel bleibt nur die Geschichte der Gesetzgebung über den Privatprocess in der Epoche von der Errichtung der ersten italischen Praefectur bis gegen den Ausgang der Republik. Wir wissen nicht, ob es auch in Capua, in Cumae und anderer Orten vor den Vögten und den einheimischen Beamten Judicia legitima gab, d. h. solche, die auf römischer Lex beruhten[20]). Sicher bezeugt ist die Übertragung

---

[19]) S. oben S. 247, 248.
[20]) S. oben S. 236 N. 3.

des gesetzlichen Verfahrens in italische (und provinciale) Landstädte erst durch die Tafeln von Ateste und Veleia; wahrscheinlich ist der Bestand von Legalordnungen für den Process vor den Ortsbehörden einzelner Municipien und Colonien bereits für eine frühere Zeit. Demnach ist es gar nicht unmöglich, dass schon in der Epoche, welcher die Aebutia angehört, mit römischen Legisactionen auch ausserhalb Rom litigirt wurde. Trotzdem richtete das Reformgesetz seine Vorschriften ohne Zweifel lediglich an den in der Bannmeile die Jurisdiction beschaffenden Magistrat der Volksgesammtheit. Der Rückschluss von der Lex Julia auf die Aebutia ist in dieser Sache schlechthin zwingend. Wenn noch Augustus dem stadtrömischen Bürgergericht eine besondere Ordnung verlieh, so muss die gleiche Beschränkung um so mehr für das ältere Reformgesetz angenommen werden. Was für Umstände die Trennung der Ordnungen für das hauptstädtische und für die municipalen Gerichte bewirkten, das ist schon oben S. 221—223 dargelegt. Sicher hat dabei zunächst das Herkommen eine Rolle gespielt: die neuen Leges sollten nur dieselbe Tragweite haben wie die alten über das Verfahren mit Spruchformeln; nicht weniger aber die innere Verschiedenheit der stadtrömischen und der municipalen Gesetze. Jene waren bestimmt für das allgemeine Bürgergericht oder, mit Mommsens Ausdruck, für ein Reichsgericht, diese für particuläre, für Ortsgerichte mit beschränkter Competenz.

Die erste zusammenfassende Ordnung für den landstädtischen Bürgerprocess in Italien oder im ganzen Reich ist m. E. von Augustus im J. 737 erlassen. Die Vorteile der hiedurch vollzogenen Verschmelzung aller Sondergesetze

liegen auf der Hand. Nur einer sei hier erwähnt. Die einzelnen Statuten der römischen Gemeinden galten zunächst blos für die Ortsbürger. Wenn nun ein Municeps vor seiner Obrigkeit einen Incola (römischen Rechts) verfolgte, oder umgekehrt dieser jenen, so war im Statut eine eigene Norm erforderlich die das Processrecht der Ortsangehörigen auf die Insassen ausdehnte. Ebenso, wenn ein auswärts wohnender Römer einen römischen Municeps in der Heimat des letzteren belangte. Vermutlich war in solchem Fall das Recht des Magistrats und des Beklagten massgebend. Indess bedurfte es auch hier einer besonderen Bestimmung. Alle Schwierigkeiten dieser Art fielen weg in dem Augenblick, wo eine einzige Lex für sämmtliche Municipalgerichte des ganzen Reiches in Kraft trat. Anscheinend spricht diese Erwägung sehr dafür, das zweite Augusteische Judiciargesetz nicht auf Italien zu beschränken[21]).

Damit würden wir das Judicium legitimum auch in die Provinzen übertragen, ohne doch gegen Gai. IV. 105, 109 zu verstossen. Denn der genannte Jurist denkt an den Process vor den Reichsbeamten, wir dagegen an das Verfahren vor dem Duovir in einer provincialen Römergemeinde. Auch ohnedies ist es kaum zweifelhaft, dass z. B. die Colonen von Genetiva unter einander vor ihrer Ortsbehörde *ex lege Romana* agirten, vielleicht sogar vor 737 mit Schrift- oder mit Spruchformel (?). Dagegen ist das Verfahren im Statthaltergericht nach Gaius, d. h. in der Zeit des Pius und bis dahin, immer honorarisch. So weit hiebei Streitsachen in Betracht kommen, in denen eine

[21]) Vgl. ferner oben S. 234 N. 37.

peregrinische Partei auftrat, versteht sich das ganz von selbst. Befremden aber könnte es, dass auch der **Bürger**process vor dem Praeses nicht legitim war[22]). Weshalb ist zur Regelung dieses Verfahrens kein Volksgesetz ergangen nach dem Muster der Lex Julia et Titia (Gai. I. 185)?

Vermutlich war die Zahl der Rechtshändel unter Römern gering im Vergleich zu denjenigen zwischen Personen verschiedenen Rechts, und ausserdem konnte der Statthalter helfen durch Verweisung der Sache vor das hauptstädtische Gericht[23]). Als sich dann unter dem Principat die Bürgergemeinden in den Provinzen erheblich vermehrten, hatte dies in Anbetracht der eigenen Jurisdiction, welche den Städten zukam, kaum eine bedeutende Vermehrung der Bürgerprocesse vor dem Praeses zur Folge. Ob der letztere in grösseren Streitsachen provincialer Ortsbürger römischen Rechts ebenso competent war wie in Italien der Praetor urbanus, das ist noch durchaus unklar[24]). Sicher galt die Norm der l. 28 D. ad munic. (Paulus, Bd. I S. 203) auch für die überseeischen Municipalgerichte, und das von den Parteien begehrte *Romam reicere* mochte durch einzelne Stadtrechte dem Provincialregenten geradezu

---

[22]) Dass die oben S. 256 N. 60 angerufenen Stellen von Proc., Ulp., Marc. **nicht** die Bedeutung haben: alle Leges, die sich an den *Romae ius dicens* wenden, sind so zu verstehen, als ob auch die Statthalter darin genannt wären, brauche ich kaum zu bemerken.

[23]) Vgl. oben S. 256 u. N. 60.

[24]) Wenn c. 69 der L. Malacitana (Bd. I S. 199, 200 N. 50, 52) von Mommsen richtig ergänzt und der Schluss vom *iudicium pecuniae communis* auf Privatprocesse erlaubt ist, so war doch Malaca eine bundesgenössische, keine Römerstadt. Fraglich bleibt es, ob beide Arten von Gemeinden gleich behandelt wurden.

vorgeschrieben sein[25]). Freilich mussten solche Einrichtungen undurchführbar werden, je mehr die Verallgemeinerung der römischen Civitaet im Reiche fortschritt. Seitdem sich aber die Statthalterschaften, wenigstens in den Kaiserprovinzen, regelmässig über mehrere Jahre ausdehnten[26]), seitdem ferner — noch vor Hadrian — das Honorarrecht wie die darauf beruhenden Verhältnisse für die Beamten thatsächlich unantastbar wurden[27]), nicht weniger als die legitimen Rechte, wird man die Nachteile des Imperiumsprocesses gegenüber dem gesetzlichen nicht mehr so stark empfunden haben wie noch in der Zeit der beiden Julier.

Die vorstehenden Bemerkungen über die Rechtspflege in den Provinzen beruhen nicht auf besonderer Untersuchung der Quellen. Sie sind nur hinzugefügt, um das Bild der Jurisdictionsverhältnisse im Römerreich zu vervollständigen. Um aber die Lehre vom Processort, so weit sie hergehört, zum Abschluss zu bringen, haben wir noch éinen Punkt genauer zu erörtern, der oben auf S. 262—264 nur flüchtig berührt ist. Wir müssen schliesslich fragen, welche Stücke des Judicium legitimum an den stadtrömischen Boden gebunden waren?

---

[25]) Ist etwa Lenel Pal. I p. 189 dieser Ansicht? Er stellt D. 2, 11, 1 und 2, 1, 11 aus Gai. *ad edictum prouinciale* unter die Rubrik: *De uadimonio Romam faciendo.* Übrigens nennt das eine Fragm. den *praetor.*

[26]) S. Mommsen St.R. II[1] S. 259, dazu S. 255—257, Karlowa R.R.G. Bd. I S. 569.

[27]) Aus diesem Gesichtspunkt darf man wohl Paul. D. 5, 1, 49, 1 beurteilen: *Iudices a praeside dati solent etiam in tempus successorum eius durare. et cogi pronuntiare easque sententias seruari. in eundem sensum etiam Scaeuola respondit.* Anders Mommsen in der letzten Aufl. d. St.R. I S. 632 N. 2 nach einem Vorschlag von Pernice.

Im Bisherigen ist das Erforderniss der *urbs Roma* lediglich nach Gai. IV. 104—109 dargestellt. Zur Ergänzung sind jetzt einige Inschriften heranzuziehen, die alle der Decurienrichter gedenken. Von solchen Urkunden ist eine beträchtliche Menge erhalten. Eine Aufzählung an diesem Ort wäre zwecklos; doch muss ich allerdings angeben, wie weit meine Kenntniss reicht. Benutzt sind in erster Reihe alle Bände des C. I. L. (I—V, VII—X, XII, XIV), welche Register haben. Diese weisen im Ganzen 69 Inschriften nach, die uns hier angehen. Dazu gesellen sich noch aus dem VI. Band zwei (nr. 1635, 2169), aus dem XI[1]. drei (nr. 393, 1836, 1926), und je eine aus dem III. Corpusband (nr. 770[28]), aus Orelli (II nr. 4949), aus Boissieu[29]) (p. 163), aus dem Bulletin de corr. hellénique (X p. 456[30])—1886) und aus der Ephem. epigr. (V p. 367). Nicht überall ist der Decurienrichter mit derselben Wendung angezeigt. Am häufigsten steht *adlectus in V decurias* und (*iudex*) *ex V decuriis*. Der Ort der Judication ist ganz deutlich nur[31]) zweimal erwähnt: in der oben S. 194 bis 204 besprochenen Inschrift von Tarraco (C. II nr. 4223):

adlectus in V decuri[as le]gitume Romae iudicantium — worin man den vollen Titel dieser Richter sehen möchte — und in dem Anaunerediet (C. V nr. 5050) von Kaiser Claudius, der berichtend bemerkt:

nonnulli [a]llecti in decurias Romae res iudicare.

In der Lyoner Urkunde bei Boissieu (p. 163) eines

[28]) Diese Nummer steht nämlich nicht im Index, weder unter *iudex* noch unter *ex V dec.*

[29]) Inscriptions de Lyon (Lyon 1854).

[30]) Auf diese Inschrift macht Mommsen St. R. III[1] S. 528 N. 2 aufmerksam.

[31]) Anders anscheinend Mommsen St. R. III[1] S. 528 N. 2.

adlectus *Romae in [qui]nque d[ec]urias* ist der Ort der *Adlectio*, nicht der Spruchthätigkeit genannt, und die gleiche Auffassung empfiehlt sich auch für die im Bulletin X p. 456 mitgeteilte Urkunde aus Tralles: *τῶν ἐκλεκτῶν ἐν Ῥώμῃ δικαστῶν*, während die Inschrift aus Terventum im IX. Corpusband (nr. 2600, p. 242): *iudex CCCC Romae decur(iarum) V* — noch unbestimmter — „die Decurien" in Beziehung zur Stadt Rom bringt, und endlich die spanische im II. Bd. nr. 4617 (p. 613) überhaupt ausser Anschlag bleiben muss, weil die Ergänzung von Hübner ganz willkürlich[32]) ist. Mithin sind unter 79 nur zwei, welche unverkennbar Rom als Processort anführen, während in den allermeisten (74) Inschriften jede Ortsbezeichnung fehlt. Demnach erscheint es mindestens unerwiesen, ob wirklich ein ausführlicherer Titel der Decurienrichter im Gebrauche war, der so gelautet hätte, wie ihn die oft genannte Urkunde von Tarraco überliefert.

Indess soll keineswegs geleugnet werden, dass es in der That Regel war, die in Rom contrahirten Processe auch in Rom der Urteilsfällung zuzuführen. Selbst ohne die klaren Worte des Marcellus (S. 48, 49) in l. 30 D. de iud. (5, 1) wäre daran nicht zu zweifeln. Gewiss hatte der Beklagte, der in der Hauptstadt zur Streitbefestigung angehalten wurde, ohne Weiteres nur hier, nicht anderswo, die Verpflichtung zur ferneren Defension. Auch konnte die Aufsicht[33]), welche dem Magistrat über alle unter seiner[34])

[32]) Und nach der Zusammenstellung, deren Ergebnisse oben verwertet sind, auch höchst unwahrscheinlich.

[33]) Vgl. Keller Civilprocess § 68.

[34]) Oder auch unter seines Vorgängers Autoritaet; denn die Julische Processverjährung war erst in 18 Monaten vollendet. Wegen Ulp. D. 2, 1, 13, 1 vgl. Mommsen St.R. I S. 632.

Autoritaet entstandenen Processe zukam, nur dann wirksam sein, wenn der Rechtshandel seine Erledigung in der Bannmeile fand, die ja der Praetor für längere Zeit gar nicht verlassen sollte. Endlich erzählt Plinius[35]) (Nat. h. XXIX c. 1 § 18) einmal vom Decurienrichter, der *a Gadibus columnisque Herculis arcessitur,* um *de nummo* zu judiciren. Mithin steht die Berufung der provincialen Geschwornen nach Rom fest, mochte es sich um Straf- oder um Privatprocesse handeln. Trotzdem darf man wohl fragen, ob Rom wie der regelmässige so auch der schlechthin notwendige Ort war für das Verfahren vor dem Judex, und ob Dies insbesondere zutrifft für das durch legitimen Vertrag geschaffene Judicium?

Zur Bejahung zwingt uns weder Gaius (IV. 104) noch die Inschrift von Tarraco. Die letztere deutet blos auf das weitaus Gewöhnlichste hin, und der Jurist sagt: *legitima sunt iudicia* (genau: „Processrechtsverhältnisse") *quae in urbe . . . accipiuntur* („begründet werden"). Wenn Mommsen[36]) als Wortführer der herrschenden Lehre von Processen spricht, die im Amtsgebiet *domi* und solchen, die *militiae* „entschieden" werden, so ist das etwas wesentlich Anderes, als was Gaius berichtet. Von jeher hat man Zweierlei übersehen: dass die Institutionenstelle *accipiuntur* bietet, nicht *iudicia quae accepta sunt*[37]), und dass *iudicium* keineswegs blos das Geschwornenverfahren ausdrückt. Das m. E. Richtige ist oben im 4. Capitel ausführlich dargelegt. Jetzt haben wir nur die Summe zu ziehen und müssen hiernach Gaius' Worte lediglich von

[35]) S. auch Ulp. Dig. 5, 1, 2, 3.
[36]) St.R. I S. 186, vgl. II[1] S. 220.
[37]) S. oben S. 28, 48, 49, 77, 78.

der Streitbefestigung verstehen. Diesem Acte pflegten verschiedene andere voraufzugehen, wovon einer, das *ius dicere* des Magistrats, durchaus unentbehrlich war. Ohne Formelgenehmigung und — was darin mitenthalten ist — ohne Genehmigung des durch Formelübergabe zu begründenden Processes keine Litiscontestatio. Wäre nicht schon dieses unlöslichen Zusammenhangs wegen das *iudicem iudiciumue dare* in die Bannmeile zu verweisen, so müsste es doch geschehen mit Rücksicht auf die Zeugnisse, denen zufolge der Praetor zur Jurisdiction *in urbe* verpflichtet war (S. 271—273). Dagegen darf das Gleiche für sonstige Handlungen der Parteien wie des Magistrats, die das legitime Judicium vorbereiten[38]), sicher nicht behauptet werden (S. 263, 264); und ebenso wenig, allem Anschein nach, für das Verfahren, welches der Streitbefestigung nachfolgte. Jedenfalls ist unschwer darzuthun, dass der Ausspruch von Marcellus (S. 48, 49, 279): *Ubi acceptum est semel iudicium, ibi et finem accipere debet* nur eine Regel anzeigt, die Ausnahmen zulässt. Zur Aufklärung dient vor Allem Ulp. l. 59 D. de iud. (5, 1):

Si locus in iubendo iudicare non est comprehensus, uidetur eo loco iudicare iussisse quo solet iudicari, sine incommodo litigantium.

---

[38]) Nach Gell. XX. 10 § 7—9 müsste die von den Zwölftafeln geordnete Grundstücksvindication sehr häufig ausserhalb der Bannmeile stattgefunden haben; später wäre in diesem Raum nur ein die (städtische) Streitbefestigung vorbereitender Parteienact möglich gewesen; vgl. besonders Karlowa Legisactionen § 8. Jüngst aber hat Bechmann Legis actio sacramenti § 15 sehr mit Recht die Erzählung des Gellius angefochten. Das 10. Cap. des 20. Buchs enthält auch sonst unglaubliche Dinge, d. h. solche, die unverträglich sind mit anderen zuverlässigen Nachrichten.

Bleibt es auch ungewiss, ob der Jurist hier von der Grenze des 1. Meilensteins absieht, oder ob er blos an Gerichtsstätten innerhalb der Bannmeile denkt, so lehrt er uns doch die magistratischen Decrete, welche das *iudicare* anordnen (S. 56 N. 10 a. E.), unterscheiden: in solche, die den Ort des Schwurgerichts feststellen und solche, die ihn unbestimmt lassen. Offenbar ist der Satz des Marcellus auf Fälle der letzteren Art zu beziehen.

Nun aber forschen wir weiter, ob der Praetor befugt war, unter besonderen Umständen und nach dem Antrag der Parteien für das Judicium im engeren Sinn einen Ort jenseits des 1. Meilensteins zu bestimmen? Bekanntlich (S. 249, 272) sagt Ulpian (D. 1, 12, 3) von dem Stadtpraefecten, der nur *in urbe* Potestas hatte, ausdrücklich: *extra urbem potest iubere iudicare.* Selbstverständlich reichte die Macht des Ersatzmanns nicht weiter wie die des vertretenen Gerichtsherrn selbst. Da der letztere in der späteren Republik nicht mehr an die innere Stadt gebunden war, so galt wohl für ihn, d. h. für den Praetor der Grundsatz: *extra primum urbis Romae miliarium potest iubere iudicare.* Damit stimmt auch Paulus ad Plautium lib. XVII (D. 5, 1, 28, 4) völlig überein. In einer Erörterung über den Umfang des *beneficium reuocandi domum*[39]), welches den in Rom verweilenden städtischen Abgesandten (*legati*) zukam, bemerkt er:

Sed et si dies actionis exitura erit, causa cognita aduersus eum (näml. *legatum*) *iudicium praetor dare debet, ut lis contestetur ita, ut in prouinciam transferatur*[40]).

---

[39]) S. Lenel Paling. I p. 1173; dazu etwa Ulp. D. 4, 6, 28, 4.

[40]) Vgl. Wlassak Litiscontestatio S. 31, 32.

Nach diesem Text ist an der Befugniss des Praetors nicht zu zweifeln, eine in Rom contestirte Streitsache zur weiteren Verhandlung in die Provinz zu verweisen. Nur durch die Annahme, dass die beiden letztgenannten Fragmente in der Sammlung Justinians in gekürzter Fassung stehen, während die Urschrift deren ausschliessliche Beziehung auf den Imperiumsprocess irgendwie hervorhob, könnte ihre Beweiskraft gebrochen werden. Indess lese man die ganze l. 28 pr. — § 4 cit! Nichts lässt auf eine Verstümmelung schliessen; eine Behauptung aber von der man nur sagen kann, dass sie nicht schlechthin unmöglich sei, ist auch als Hypothese wertlos. Die Wahrscheinlichkeit spricht in unserem Fall nicht gegen, sondern für die Vollständigkeit des Pandektentextes und damit auch für die Beziehung der beiden Stellen auf den unter Bürgern die Regel bildenden Legalprocess[41]).

Somit bleibt nur die Frage übrig, ob die in Rom *ex lege Iulia* contrahirte Processobligation und der daselbst angenommene Judex legitimus das Gepräge der Gesetzlichkeit einbüssten, sobald eine Überleitung („Transferiren") des Verfahrens in das Gebiet *extra primum urbis miliarium* eintrat? Hiebei handelt es sich keineswegs um einen blossen Titelstreit. Wenn das Judicium ausserhalb Rom nicht mehr „gesetzlich" war, so will das sagen: das Verfahren vor dem Judex stand jenseits des 1. Meilensteins nicht unter der Herrschaft der „hauptstädtischen" Lex Julia, sondern eines anderen „Ortsrechts"; in der Provinz also, der Regel nach, unter der Herrschaft eines provincialen Honorarrechts. Wo-

[41]) So hinsichtlich der l. 28 § 4 D. (5, 1) schon Busse De legitimo iudicio p. 44.

hin wäre dann aber das gesetzliche Processverhältniss geraten? Die Loslösung vom stadtrömischen Boden war ja gewiss kein Erlöschungsgrund. Und doch hätte der Geschworne in der Provinz gar nicht die Macht gehabt, die in Rom geschaffene Streitobligation durch seinen Spruch aufzulösen [42]). Selbst die Verjährung hätte den Untergang nicht herbeigeführt, da das Julische Gesetz nach der hier bekämpften Meinung am Stadtbezirk von Rom haftete. Weiter müsste man fragen, woher die amtsrechtliche Processobligation stammen soll, mit der die Parteien und der Judex nach der Übersiedelung in die Provinz zu thun hatten? Dass auch nach römischer Anschauung legitime Verhältnisse durch blossen Ortswechsel ihre Natur änderten, davon wissen wir nicht das Geringste. Bekannt sind im Gegenteil die übereinstimmenden Äusserungen von Labeo (bei Ulp. D. 17, 1, 8, pr.) und Paulus (D. 14, 6, 12), die da lauten: *cuiusque contractus initium spectandum*. Nur wer sich von modernen Vorstellungen leiten lässt und das Processrecht statt auf die Menschen zunächst auf Erde und Luft bezieht, kann in Versuchung kommen, die Geltung der Julischen Gerichtsordnung durchaus auf Rom und den Umkreis zu beschränken. Nach der oben ausgeführten Ansicht ist aber die Localisirung der legitimen Streitbefestigung keineswegs ein Ausfluss des „Territorialgedankens“, sondern lediglich die Folge der Sesshaftigkeit des Gerichtsherrn in Rom [43]). Dagegen lässt sich eine gleichartige Fesselung der anderen Stücke des Verfahrens nicht nachweisen, weder der vor-

---

[42]) Das nur amtsrechtlich wirksame Urteil hätte sich zu der legitimen Processobligation genau so verhalten wie z. B. das praetorische *pactum* zu der civilen *obligatio* des Privatrechts; s. Bd. I S. 62.

[43]) Daher bitte ich im I. Bd. S. 91 Z. 5—11 v. oben zu streichen.

bereitenden Acte noch der Judication des Geschwornen. Mithin werden wir wohl die Antwort auf die obige Frage in folgende Worte fassen dürfen. Das in der Stadt Rom begründete Judicium war legitim, oder was Dasselbe bedeutet, es war vom Anfang bis zum Ende dem Aebutisch-Julischen Recht unterworfen, auch wenn das Verfahren vor dem Judex nach der Weisung des Praetors ausserhalb der Bannmeile stattfand. Insbesondere hatte das Urteil des gesetzlichen Richters volksrechtliche Gültigkeit, gleichviel an welchem Ort es gefällt war.

§ 36. IV. Der Einzelrichter im Judicium legitimum. — Judex und Arbiter. — Arbitri im alten Recht.

Als drittes Erforderniss des legitimen Processvertrags nennt Gai. IV. 104 den Einzelrichter: *iudicia quae ... sub uno iudice* (S. 79—83) *accipiuntur*. Die Erörterung dieses Gegenstands kann kurz gehalten werden, weil einerseits die Grundlagen schon durch die Ausführungen in den §§ 11 und 32 gesichert, andrerseits die Fragen, welche hier Antwort heischen, durch den Gang der bisherigen Darstellung deutlich vorgezeichnet sind. Vor Allem wird es jetzt kaum Widerspruch finden, wenn wir, Gaius folgend, den *unus iudex* sofort in éine Reihe stellen mit den übrigen Merkmalen des gesetzlichen Verfahrens und demgemäss im Einzelrichter eine sachliche Voraussetzung oder Daseinsbedingung des Judicium legitimum erkennen, genau so wie vorher in den *ciues Romani* eine persönliche und in der *urbs Roma* eine örtliche [1]). Unnötig scheint es, diese Annahme noch besonders zu erweisen. Um aber

[1]) Vgl. oben § 22 S. 75.

Missverständnisse abzuwehren, empfiehlt sich eine Wiederholung des Gesagten in anderer Ausdrucksweise. Wir behaupten also, dass beide Gerichtsordnungen, die Aebutia wie die Julia, blos für solche Processe Geltung beanspruchten, welche mit einer Judexformel[2]) begründet wurden. Ein hypothetischer Aufbau des betreffenden Capitels der Reformgesetze ist oben auf S. 212, 213, 245 versucht. Vermutlich war das *ius ratumque esto*, vielleicht die (grundsätzliche) Gleichstellung mit der alten Legisactio, nur für diejenigen Processe ausgesprochen, welche die Parteien mit einer Formel *sub uno iudice* (S. 81) contrahirten.

Die eben angeführten Worte verwendet Gaius dreimal auf eng begrenztem Raume. Trotzdem darf man sie schwerlich aus dem Legaltext ableiten. Als Einzelrichter *(unus)* bezeichnet das Lehrbuch den Judex ausdrücklich, um den Gegensatz zu den Recuperatoren zu betonen, von denen die nächsten Sätze handeln. Dagegen war der Text der Gerichtsordnungen wohl anders gestaltet; entweder hiess es da blos *iudex* oder *iudex arbiterue*. Schon in den Zwölftafeln kommt diese Doppelbezeichnung zweimal (II. 2 u. IX. 3) vor; sodann kehrt sie wieder am Ausgang der Republik im Julischen Repetundengesetz von 695 (bei Macer Dig. 48, 11, 7, pr.) und auf der Tafel von Ateste (Z. 7[3]). Wenn Gaius, wie wir annehmen müssten, in IV. 104, 105, 109 den *arbiter* wegstrich, so

[2]) Man gestatte der Kürze halber diesen Ausdruck, welcher der „recuperatorischen Formel" (*iudicium recip.*) im Venafr. Ed. Z. 65, 66 (S. 82) u. a. anderen Orten nachgebildet ist.

[3]) In Z. 15 steht unverbunden *iudicis arbitri recuperatorum;* wie oben *iudex arbiterue* bei Prob. 4 nr. 8, Festus v. *taxat* p. 356 (nach der sicheren Ergänzung von Bruns-Mommsen Font. p. 275 — ed. V.), Just. I. 4, 6, 1.

ist das weder auffallend — denn dieselbe Wortkargheit begegnet in IV. 12, 20[4]), 141[5]) — noch auch eine „Nachlässigkeit[6])". Offenbar wäre dieser Vorwurf nur aufrecht zu halten, wenn nach römischem Sprachgebrauch *iudex* den *arbiter* aus- nicht einschloss. Nun geben aber die Quellen über das Verhältniss der beiden Worte ganz klare Auskunft. Nicht jeder *iudex* ist auch *arbiter*, denn der letztere ist ein besonders schattierter Richter, wohl aber ist jeder *arbiter* zugleich *iudex*[7]), sofern ihn die Parteien unter magistratischer Autoritaet angenommen haben[8]). Daher ist in den genannten Leges das *ue* hinter *arbiter* statt mit „und" genauer mit „beziehungsweise" zu übersetzen. Der Beweis hiefür könnte im Anschluss an Savigny[9]) aus den Institutionen (IV. 42, 163) des Gaius erbracht werden. Indess mag dieser Zeuge, der heutigen Tags als „Provinciale" schlechten Ruf geniesst, diesmal ausser Spiel bleiben. Gleich guten Dienst leisten z. B. Cic. de off. III c. 16 § 66:

. . . *Calpurnius . . . arbitrum illum adegit, 'quidquid sibi dare facere oporteret ex fide bona'. M. Cato sententiam dixit . . . is igitur iudex ita pronuntiauit: . . .*,

de off. III c. 17 § 70:

---

4) Zu vergleichen mit Prob. 4 nr. 8; s. A. Schmidt Ztschr. f. R. G. R.A. Bd. XV S. 147, 159, 160 N. 1. Zu Cic. p. Mur. c. 12 § 27 Bd. I S. 90 N. 10.

5) Vgl. mit Gai. IV. 163—166a.

6) So Baron in den Festgaben f. Heffter S. 32.

7) So auch Festus-Paul. p. 15: *Arbiter dicitur iudex . . .*; dazu Mayer Litiscontestatio I S. 79—85.

8) Missbräuchlich nennen die Juristen zuweilen selbst den Schiedsrichter *iudex* (*compromissarius*); s. Baron Condictionen S. 139 N. 2.

9) System Bd. V S. 104 N. g. Übereinstimmend Keller Civilpr. § 7 S. 35, A. Schmidt in Ztschr. f. R. G. R. A. Bd. XV S. 150 N. 3, S. 159, 160 u. A. Vgl. auch Lenel Edict S. 163 N. 1; verfehlt Huschke Multa S. 397.

Q. Scaeuola . . summam uim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur 'ex fide bona' . . . in iis magni esse iudicis statuere . . ,

Ulp. l. 2 § 1 D. fin. reg. (10, 1):

Iudici finium regundorum permittitur . . ,

Paul. l. 4 pr. § 3, 5 D. eod.: *iudex,*

verglichen mit Cic. Top. c. 10 § 43: . . . *finibus regundis adigere arbitrum* u. De leg. I c. 21 § 55,

Pomp. Ulp. l. 3 § 13 D. ad exh. (10, 4):

. . *iudicem per arbitrium*[10]) *sibi ex hac actione commissum etiam exceptiones aestimare . . ,*

endlich Paul. I. 18, 1:

Arbiter familiae herciscundae,

verglichen mit Paul. I. 18, 3 u. 4 (aus App. I. 13 u. 14):

iudex familiae herciscundae.

Hiernach hat es Streitsachen, in denen der Geschworne richtig nur als *arbiter* zu bezeichnen war, überhaupt nicht gegeben. Überall findet sich neben dem besonderen auch der allgemeinere Name; in den klassischen Schriften sogar der letztere weit häufiger als der erstere. Es kommt also Nichts darauf an, ob im Aebutischen und Julischen Gesetz blos vom *iudex* oder — was immerhin wahrscheinlicher ist — vom *iudex arbiterue* die Rede war. In keinem Fall ist daran zu zweifeln, dass der in Rom unter Bürgern *sub arbitro* abgeschlossene Processvertrag unter das massgebende Capitel der beiden Gerichtsordnungen fiel und folglich legitimes Gepräge hatte. Hinsichtlich der L. Julia

---

[10]) Hiezu etwa Ulp. Inst. V, verglichen mit Gai. IV. 163 (*iudicis arbitrio*), der es offenbar vermeidet, *arbitri arbitrio* zu schreiben.

ist sogar bei Paul. Vat. 47a (S. 191, 192) ein ausdrückliches Zeugniss erhalten.

Trotzdem lässt es Keller in seiner Bearbeitung der Caeciniana (p. 362) unentschieden, ob nicht zur Zeit Ciceros *omne iudicium, quod non iudicem sed arbitrum haberet*, zu den Imperiumsprocessen gehörte[11]). Allein diese Äusserung beruht, wie die Note 55 (l. c.) zeigt, zum einen Teile auf der Verwechselung von Formel und Process bei Cic. p. Rosc. com. c. 5 § 15, vor der Savigny[12]) vergeblich gewarnt hatte, zum anderen auf der in unserer Litteratur sehr verbreiteten Überschätzung des Abstandes zwischen dem Judex im e. S. und dem Arbiter. Die Überlieferung bietet in Wahrheit nicht den geringsten Anhalt dafür, das Verfahren vor dem Praetor, sei es nach gesetzlichem sei es nach honorarischem Recht, verschieden[13]) zu denken, je nachdem als Spruchrichter ein Judex oder ein Arbiter in Aussicht genommen war. Erst das festgestellte Processprogramm macht die Unterscheidung überhaupt möglich; daher trat sie nicht im ersten sondern nur im zweiten Abschnitt des Judiciums hervor, insbesondere bei der Urteilsfällung. Belanglos muss auch der Name gewesen sein, dessen sich die Parteien in Jure bei der Postulation des Richters bedienten. Ein altes, peinlich genaues Spruchformular (Prob. 4, 8) schrieb ihnen vor, (in gewissen Fällen) *iudicem arbitrumue* zu erbitten. Diesen Wortzwang hat die Processreform sicher beseitigt; sachlich zutreffend aber

---

[11]) Im Civilprocess § 45 ist diese Vermutung nicht wiederholt.

[12]) System Bd. V S. 102 N. b. Auch Eisele Abhandl. S. 103 (1889) hat sich nicht warnen lassen.

[13]) Beleglose Aufstellungen von Savigny, O. E. Hartmann, Schulin, Ubbelohde oben S. 196 N. 16.

war die von Cicero (pro Mur. c. 12 § 27) mit billigem Spott verfolgte Redeweise auch im neueren Verfahren, und ihr Sinn war der: die Parteien begehrten nicht von vornherein das Eine oder das Andere, sondern im Allgemeinen einen Judex, der jedoch gegebenen Falls, wenn sein Programm ihn hiezu ermächtigte, das Urteil als Arbiter finden sollte[14]). Übrigens scheint der Praetor die für seine Jurisdiction in der That bedeutungslose Spaltung des Judexbegriffs im Album nicht weiter beachtet zu haben. Wenigstens beginnt die Bonaefideiformel der Actio depositi[15]) bei Gai. IV. 47 mit den Worten: *iudex esto*. Daraus erklärt sich vielleicht das Vorwalten dieses Ausdrucks in den Schriften der Juristen, die sich auch wohl niemals bemüht haben, eine scharfe Grenzlinie zwischen dem Hauptbegriff und seiner Abart zu ziehen.

Wenn dem Gesagten nach das Aebutisch-Julische Recht nur diejenigen Streitsachen betraf, welche *sub iudice arbitroue* contestirt wurden, so ist demnächst die Herkunft und die Bedeutung dieser Schranke auszuforschen. Hat etwa die Lex Aebutia den Einzelrichter neu eingeführt, und wenn sie das nicht that, hat sie ihn bei allen oder nur bei gewissen Privatrechtssachen vorgefunden? Bekanntlich nehmen Puchta, Keller und Andere an, dass in der sog. Legisactionenzeit die Zehn- und die Hundertmänner die gewöhnlichen Richter gewesen und nur allmälich durch den Einzelgeschwornen verdrängt seien. Diese den Quellen

---

[14]) Vgl. noch Ulp. D. 2, 11, 2, 3: . . *si iudex* mit dem Gesetzwortlaut bei Capito-Fest. p. 273: . . *iudici arbitroue;* Zimmern Civilpr. S. 24, 25.

[15]) Vgl. Pap. D. 16, 3, 24 über *A. depositi*: . . *in bonae fidei iudiciis* . . . *officium arbitri.*

geradezu widersprechende Lehre, die den *(unus) iudex* der Zwölftafeln[16]) und den Gaianischen Bericht über das alte Spruchverfahren einfach übersieht oder nicht sehen will, ist im I. Bd. § 11[17]) ausführlich bekämpft[18]). Nach dem dort Gesagten hat es im Bürgerprocess der alten Zeit — geringe Ausnahmen abgerechnet — überhaupt kein anderes Gericht gegeben als das des Einzelgeschwornen. Alle anderen sind späteren Ursprungs und haben die Regel in keinem einzigen Fall dermassen durchbrochen, dass seither die Bestellung eines Judex unzulässig gewesen wäre. Was nun die Liste der Centumviri und Decemviri anlangt, so ist die erstere nicht vor dem 6. Jh. aufgestellt (I § 10 N. 35), vielleicht gerade durch die Aebutia geschaffen[19])

---

[16]) Bei Bruns: II. 2 u. IX. 3 (im I. Bd. S. 144 verdruckt); s. ferner I. 8: .. *litem addicito* (Einzahl!, die letzte Äusserung über diese Stelle bei Bechmann L. A. sacr. S. 26, 27) und Sextus Caecilius bei Gell. XX. 1, 38: *iudici talionem imperanti . . . aestimata lite iudex* (an den Magistrat ist nicht zu denken; vgl. Huschke Gaius. Beiträge S. 125, Voigt XII Tafeln Bd. II S. 534). Nicht unbefangen scheint Bechmann zu urteilen in den Münch. Sitzungsberichten (Phil. Cl.) 1890 Bd. II S. 167.

[17]) Dazu oben S. 211 N. 52 a. E. Bechmann Sitzungsber. 1890 Bd. II S. 169, 170 vernämlicht wieder die Zehnmänner bei Liv. III c. 55 und die späteren *dec. stlit. iudicandis*.

[18]) Loth. Seuffert hat mir die „Gesetze der historischen Entwickelung" entgegengehalten. Sind es nicht die bei Keller Civpr. § 4 codificirten, dann gestehe ich, diese „Gesetze" nicht zu kennen. Dagegen hat, wie ich glaube, Mommsen im „Staatsrecht" Folgendes nachgewiesen: Die Entscheidung überall in der Hand éines Mannes, Collegien nur zur Beratung; erst in der späten Republik Mehrheitsentscheidung. Das Meisterwerk des grossen Forschers findet leider bei unseren Juristen nicht die gebührende, ja unerlässliche Beachtung. — Für das hohe Alter des Judex beruft sich schon Savigny Geschichte des R. R. Bd. I S. 101 N. b. (2. A.) auf Gai. IV. 104.

[19]) Etwas anders habe ich mich im I. Bd. S. 126, 127, 138 geäussert. Indess glaube ich mich jetzt zu der Bd. I S. 126 Abs. 2 a.

vielleicht etwas früher, die letztere entweder zur selben Zeit oder noch später (Bd. I S. 146, 147, 149, 151). Dürfte man die genannten Collegien der nachaebutischen Epoche zuweisen, so kämen sie hier gar nicht in Betracht, sondern erst für den Julischen Process. Sind sie aber gleich alt oder etwas älter als das Reformgesetz der Republik, so wäre unsere Ansicht, derzufolge legitimer Process mit Judexformel vom Anfang an in allen Sachen eintreten konnte, nur gefährdet, wenn man dem Gericht der Zehn oder der Hundert ausschliessliche Competenz in irgend welchem Rechtshandel zuschreiben müsste. Hiezu sind wir aber keineswegs gezwungen. Für die Vindicationen des Eigentums und der Servituten ist die Concurrenz des Judex erwiesen, für die Erbschafts- und Freiheitssachen ist die gleiche Annahme kaum zu vermeiden (Bd. I § 10 u. S. 151, 152). Viel besser unterrichtet sind wir über den Rechtszustand der Kaiserzeit. Unter Augustus verschwindet das selbständige Judicium des Zehnercollegs, und den Centumvirn kommt nach klaren Äusserungen der Quellen in keiner Sache ausschliessende Gerichtsbarkeit zu (Bd. I S. 177, 178, 206—235). Diese letztere Ordnung hat die Lex Julia meiner Überzeugung nach sicher vorgefunden. Andernfalls müsste sie selbst durch eine besondere Be-

E. bezeichneten „Möglichkeit“ bekennen zu dürfen. — Schon A. Augustinus und Siccama De iud. centumvirali I c. 8 (ed. Zepernick Halae 1776 pag. 62, 63) haben arg. Gell. XVI. 10, 8 den Ursprung der Hundert im Aebutischen Gesetz gesucht. Bedenkt man die Gleichartigkeit des 1. u. 2. Reformgesetzes, so liegt diese Hypothese ziemlich nahe. Die Julia handelte ja in einem Cap. von der Processform, im anderen von den Centumvirn. Gell. l. c. freilich scheint mir noch immer besser zu dem Bd. I S. 126 Gesagten zu passen; Gai. IV. 30, 31 aber lässt in gleichem Masse beide Aufstellungen zu.

stimmung vorerst die durchgängige Concurrenz des Einzelrichters hergestellt haben, um sodann für die Streitbefestigung mit Judexformel, die nun allgemein verwendbar war, das *ius ratumque esto* auszusprechen.

Neben den Zehn- und Hundertmännern führt Puchta[20]) als Vorgänger des Einzelgeschwornen die Arbitri auf, die seiner Meinung nach „ursprünglich wohl meistenteils in der Mehrzahl gegeben wurden". Andere Gelehrte[21]) äussern sich vorsichtiger, ohne indess Puchta entgegenzutreten. Keller ersetzt das Wörtchen „meist" durch „zuweilen"; doch sollte man richtiger sagen: „ganz ausnahmsweise".

Soviel ich sehe, sind Arbitri in der Mehrzahl für das alte Recht[22]) nur durch zwei Leges der Zwölftafeln bezeugt: VII. 5 u. XII. 3 (Bruns). Die eine lautet bei Festus (ap. Laetum p. 376):

Si uindiciam falsam tulit, si uelit is, [prae]tor[23]) *arbitros tres dato, eorum arbitrio . . . fructus duplione damnum decidito.*

---

[20]) Institutionen Bd. I § 154 S. 443, dazu S. 440—442 (8. A.).

[21]) Vgl. Savigny System Bd. V S. 643, Keller Civpr. § 7 S. 34, § 16 S. 79, Karlowa Legisactionen S. 57, 142, Hartmann-Ubbelohde Ordo I S. 261, Schulin Gesch. d. R.R. S. 553.

[22]) Die Arbitri des späteren Kaiserrechts kümmern uns nicht. Eben so wenig die in den klassischen Schriften vielfach begegnenden (nicht eigentlich richtenden) Sachverständigen zur „Erledigung nicht juristischer Fragen und Geschäfte"; s. Bekker Actionen Bd. II. S. 208 bis 210. Übrigens ist auch hier durchaus die Bestellung in der Einzahl üblich. — Zu Modestin D. 10, 1, 7: *De modo agrorum arbitri dantur . . . . idque ita rescriptum est* vgl. Rudorff Ztschr. f. g. R.W. Bd. X S. 382.

[23]) So füllt Mommsen die Lücke aus. Handschriftlich ist überliefert: *siuelitis . . . tor.* Andere Conjecturen bei Bruns Font. p. 376 n. 28.

Über die andere berichtet Cic. de leg. I c. 21 § 55: *controuersia est nata de finibus*, *in qua . . . e XII tres arbitri fines regemus.*

Bleibt man mit Mommsen-Bruns bei dem hier aus Festus mitgeteilten Texte[24]) stehen, so macht das erstere Gesetz keine Schwierigkeiten. Die Worte *si uelit is* können nicht überflüssig und ihr Sinn muss wohl sein, dass der Magistrat drei Arbitri nicht immer und ohne Weiteres zu geben habe, sondern nur auf besonderen Antrag desjenigen, der *uindiciam falsam tulit.* Ähnlich verhiess auch ein Verrinisches Edict [Cic.[25]) Verr. III c. 14 § 35] Recuperatoren: *si uter uolet.* Was sonst die Zwölftafelnorm[26]) bedeutet, geht uns nicht weiter an. Jedenfalls handelt sie von einem Nachverfahren, nicht von der Vindication selbst. In das spätere Recht ist aus unserer Lex nur der Doppelersatz der Früchte übergegangen, u. z. in das Recht der Cautio pro praede litis et uindiciarum[27]), während die Arbitri vermutlich durch den concurrirenden Einzelrichter völlig verdrängt sind. Wenigstens erscheint bei Ulpian in zwei Stellen (D. 4, 8, 36 — 50, 16, 68), die Lenel[28]) mit gutem Fug auf die erwähnte Caution bezieht, ein einzelner Arbiter.

---

[24]) Den Schoell Leg. duod. tab. reliquiae p. 110, 111 wegen des zweimaligen *si* beanstandet.

[25]) Leider ist aus den irreleitenden Vorwürfen des Anklägers die Tragweite des Edicts nicht klar zu erkennen.

[26]) Eine neue Auslegung giebt Bechmann L. A. sacram. S. 31—35.

[27]) S. Lenel Edict S. 411—413.

[28]) Edict S. 409 N. 2, S. 411, 414, Pal. II p. 869. Lenel denkt sich dieselbe Person (*L. Titius*) als Judex im Sponsionsprocess und als Arbiter betreffs der Restitution. Das dürfte auch richtig sein. Nur fragt es sich, woraus für L. Titius Recht und Pflicht zum *restituere iubere* erwuchs? Die Erwähnung in der Cautio p. p. l. et

Nicht viel anders ist es dem zweiten Richtercolleg ergangen, welches in den Zwölftafeln zur Grenzberichtigung — und hier wohl mit ausschliessender Competenz — berufen war. Durch eine Lex Mamilia, die man ins 6. Jh. zu setzen pflegt[29]), wurden nämlich, wie Cic. de leg. I c. 21 § 55 bemerkt, *singuli arbitri* angeordnet, wenn nicht statt[30]) der Dreirichter, so doch neben ihnen, und in den Schriften[31]) der klassischen Juristen begegnet nur dieser neuere Einzelgeschworne. Die Norm der Zwölftafeln ist wohl später ganz ausser Anwendung gekommen. Weshalb aber das ältere Gesetz gerade für die Actio finium regundorum[32]) mehrere Arbitri forderte, das ist natürlich nicht auszumachen. Vielleicht sollte ein sachverständiger Mensor[33]) mit anderen Vertrauensmännern der Parteien zusammenwirken. Für uns wären übrigens die eben genannten Dreirichter, die zur Zeit der Aebutischen Reform schwerlich noch allein judicirten, nur dann wichtig, wenn wir Grund hätten, ihre Verwendung auch in anderen als in Grenzstreitigkeiten anzunehmen.

Was nun zunächst die Belege anlangt, welche Puchta[34])

---

u. konnte doch nicht genügen. Vielleicht steht bei Gai. IV. 93 nicht der ganze Wortlaut der Sponsio.

[29]) S. Rudorff Ztschr. f. gesch. R.W. Bd. IX S. 389, R.R.G. Bd. I S. 102, Lange Altert. Bd. II S. 617 (2. A.).

[30]) So Rudorff Ztschr. f. g. R.W. Bd. X S. 347, anders und wohl richtig Bekker Actionen Bd. I S. 235; vgl. im Allgemeinen Karlowa R.R.G. Bd. I S. 190 N. 1.

[31]) S. Dig. 10, 1 (aber oben N. 22), Gai. IV. 42; auch Cic. Top. X § 43.

[32]) Wie weit sie reichte, zeigt Karlowa Beiträge S. 141—162; vgl. Bekker Actionen Bd. I S. 235—245.

[33]) S. Frontin Lachm. p. 34 Z. 20, p. 43 Z. 23—25, Voigt Zwölf T. Bd. II S. 640.

[34]) Instit. Bd. I § 154 N. c—f S. 440, 441 (8. A.). Auf Scaev.

und die ihm Folgenden anführen, um die Actio aquae pluviae arcendae, das „Arbitrium tutelae“ und die Actio fam. herciscundae einem Collegium mehrerer Arbitri zuzuweisen, so steht es damit recht eigentümlich. Keine von diesen Stellen beweist Etwas; die meisten sogar genau das Gegenteil. So bezeugt z. B. für die A. aquae pl. Cic. Top. IX. 39, X. 43 und Alfen D. 39, 3, 24, pr., § 1, 2 (dreimal) den *arbiter* in der Einzahl, Labeo-Jul.-Ulp. D. 39 3, 4, pr., § 1 den *iudex;* für das Arbitrium tutelae Cic. de off. III c. 17 § 70 und ebenso Ulp. D. 27, 4, 1, 4 u. 27, 4, 3, pr. den *iudex,* Scaev. D. 49, 1, 28, 2 den *arbiter;* für die A. fam. herc. Jul. D. 10, 2, 51, pr., Pomp. D. 10, 2, 47, pr., Pap. Vat. 296 den *arbiter*, Paul. Sent. I. 18 den *arbiter* und den *iudex.* Demnach ist der Quellenbeweis sowohl für die Aebutische wie für die Julische Epoche durchaus missglückt. Indess können wir noch weiter gehen und darthun, dass die Dreirichter auch in der alten Zeit und nach dem Recht der Zwölftafeln nur in wenigen Ausnahmefällen vorkamen.

Von den Gesetzen der Decemviri liegt uns eines vor: II. 2, dessen Fassung kaum vereinbar ist mit der Annahme regelmässig urteilender Collegien von drei (od. 5) Geschwornen; und ein zweites: I. 8 schliesst diese Annahme schlechterdings aus[35]). Vollends widerlegt wird Puchta ferner durch den Namen der alten Processform, die sich viele Gelehrte gerade für die Arbitria bestimmt denken.

D. 20, 5, 14: *arbitri diuid. her.* beruft sich Puchta nicht. Dasselbe Responsum kehrt wieder in D. 20, 5, 11; doch steht hier *arbiter d. h.* Nur éine Überlieferung kann richtig sein, und nur die letztere stimmt überein mit den Äusserungen (oben im Texte) älterer wie jüngerer Juristen.

[35]) S. oben S. 291 N. 16.

Sie heisst bei Gai. IV. 12 u. 20: *legis actio per iudicis postulationem;* und bei Probus 4 nr. 8 finden wir ein zugehöriges Spruchformular, das folgende Worte enthält: *te praetor iudicem arbitrumue postulo uti des.* Die Einzahl also steht hier und dort. Dass es aber dreiste Willkür wäre, dem Namen wie dem Formular Ungenauigkeit vorzuwerfen, oder gar zu behaupten, *iudex* sei mit „Gericht" zu übersetzen und könne auch ein Collegium anzeigen[36], darüber sollte wohl Einverständniss walten. Dieselbe Bemerkung müssen wir wiederholen hinsichtlich des *iudex*, den Gaius bei der L. A. *sacramento* (IV. 15) sechsmal, bei der L. A. *per condictionem* (IV. 17, 18) zweimal erwähnt. Mithin ist uns wenigstens keine Processform bekannt, in der die Bestellung von Dreirichtern üblich gewesen wäre.

Übereinstimmend mit dem oben Gesagten hat auch Ad. Schmidt der L. A. *per iudicis postulationem* sehr bestimmt das Puchtasche Richtercollegium abgesprochen; nur fügt er[37] die Bemerkung bei: „die in der Mehrzahl vorkommenden Arbitri gehören einer späteren Entwicklung an". Die Zeit ist nicht näher bezeichnet. Doch kann es die Aebutisch-Julische nicht sein; denn das legitime Verfahren verlangt unbedingt den *unus iudex*, und für den amtsrechtlichen Process sind m. W. neben dem Einzelgeschwornen blos Recuperatoren nachweisbar. An die Arbitri des späten Kaiserrechts aber denkt wohl A. Schmidt nicht. Übrigens will ich für alle Fälle noch auf Cic. pro Rosc. com. c. 4 § 11—13 aufmerksam machen, woraus sich klar ergiebt, dass in der Zeit des Aebutischen Processes

[36]) S. Bd. I S. 133 N. 4.

[37]) Ztschr. f. R.G.R.A. Bd. XV S. 160 N. 1.

der *arbiter* (im Gegensatz zum *iudex* im e. S.) vielleicht ausnahmslos, mindestens aber in aller Regel einzeln judicirte. Eine Epoche, in der man hievon abwich, hat es innerhalb der hier massgebenden Zeitgrenzen überall nicht gegeben.

§ 37. Die Recuperatoren als Richter unter Römern. — Das Judicium legitimum mit praetorischer Formel. — Der Einzelrichter neben Recuperatoren.

Nach den grösseren Collegien und den drei Arbitri sind noch die Recuperatoren in Betracht zu ziehen, die bekanntlich immer in der Mehrzahl bestellt wurden. Hätten diese letztgenannten Richter schon vor der Aebutischen Reform auch in Bürgerprocessen gesprochen, so wäre wegen des vorausgesetzten *unus iudex* legitimes Verfahren für die Sachen unmöglich gewesen, wo durchaus Recuperatoren urteilen sollten. Offenbar müssen wir zuerst fragen, wie alt wohl in Rom diese Art von Geschwornen sei? O. E. Hartmann (Ordo I § 24) hat ihren Ursprung im römischen Bürgerrecht gesucht und sie für älter erklärt als die Zwölftafeln; Beides dem augenscheinlich schlechten Machwerk eines Byzantiners zu Lieb, — sei es immer des Theophilus — dessen Bericht (zu § 4 I. qui quib. 1,6) in mehr als éinem Punkt mit den Angaben besserer Quellen unverträglich ist. Die ganze Hypothese wird sich wohl den Einwendungen von A. Schmidt[1]) gegenüber nicht länger behaupten. Indess hat uns glücklicher Weise Hartmann[2]) selbst ermächtigt, von ihr abzusehen. Seiner Meinung nach

---

[1]) S. oben S. 216 N. 67.
[2]) Ordo I S. 261, 262.

ist nämlich der Einzelrichter „frühzeitig an die Stelle der ursprünglichen Recuperatoren gesetzt“; denn „die *iudicia* vor dem *unus iudex* (*iudicia legitima*[3]) seien vermutlich schon in den Zwölftafeln“ als die allein berechtigten anerkannt. Nun lassen wir aber die vermeintlichen Spruchcollegien der Urzeit bis zum Beginn des 4. Jh. billig auf sich beruhen; sie kümmern uns hier nicht.

Im Gegensatz zu Hartmann hat man bisher allgemein[4]) aus den Worten des Aelius Gallus bei Fest. p. 274 auf den Ursprung des Recuperatorengerichts im Internationalverkehr geschlossen. Und gewiss mit gutem Grund. Denn *reciperatio* heisst nach Aelius zunächst der Rechtshülfevertrag zwischen zwei Staaten, der dem Bürger des einen das *res recipere* vor dem Gerichte des anderen zusichert. Wenn dann in Rom die den Staatsverträgen zufolge bestellten Richter nach der *reciperatio* „*reci(u)peratores*“ benannt wurden, um sie von den *iudices* des Bürgerprocesses zu unterscheiden, so erscheint das ebenso natürlich wie die umgekehrte Ableitung, die Hartmann vertreten muss, unbegreiflich ist, abgesehen davon, dass sie zu höchst gewagten Aufstellungen nötigt. Demnach haben wir die ältesten Recuperatoren der geschichtlichen Epoche jedenfalls nur als Richter im Fremdenprocess anzusehen.

---

[3]) Das ist freilich irrig. Richtig sollte es heissen: die Legisactionen mit dem *u. i.*, deren getreue Nachbildung, insonderheit betreffs der Voraussetzungen (*unus iudex* u. s. w.) die Judicia leg. sind.

[4]) Vgl. Huschke Anal. p. 210 und in Richters Jahrb. Jg. I S. 904, 905, Zimmern Civp. § 17, Puchta Inst. Bd. I § 154 S. 441, 442 (8. A.), Keller Civp. § 8, Rudorff R.G. § 8, Voigt J. nat. IV. 2 S. 136—143 u. XII Taf. Bd. I S. 637, Bethmann-Hollweg Civp. Bd. I § 25, Karlowa Legisact. S. 224—230, u. R.R.G. Bd. I S. 292, Mommsen St.R. III[1] S. 601, 603, A. Schmidt Ztschr. f. R.G.R.A. Bd. XXII S. 133, Jörs R.R.W. I S. 126, 127, 131, 134, Schulin Gesch. d. R.R. S. 509.

Allein diese Beschränkung blieb nicht immer bestehen. In der Ciceronischen Zeit urteilen die bisherigen Internationalrichter nachweislich auch *inter ciues*, und anscheinend war diese Judication damals nicht gerade neu[5]). Daher müssen wir wohl die Möglichkeit ins Auge fassen, dass Privatprocesse unter Bürgern mit Recuperatoren schon vorkamen, als die Lex Aebutia erging (Bd. I S. 126). Leider will es nicht gelingen, die Zeit des wichtigen Gesetzes etwas näher zu bestimmen. Zwar hat sich jüngst P. F. Girard[6]) für die ersten Jahrzehnte des 7. Jh. (u. z. 605—640 d. St.) entschieden; doch fehlt noch die Begründung dieses Ansatzes, die uns hoffentlich nicht vorenthalten wird. Wie dem auch sei, um keiner Schwierigkeit auszuweichen, nehmen wir einen Rechtszustand an, den man mit Fug bezweifeln darf, und fragen nun weiter, weshalb die Aebutia blos die Bürgerprocesse *sub iudice* legalisirte, während es doch daneben schon andere mit Recuperatoren gab? Für müssig kann man die Erörterung dieses Punktes gewiss nicht erachten. Denn die Lex Julia von 737, die ebenfalls am Judexerforderniss festhält, hat ja unwidersprechlich jene Rechtslage vorgefunden, die für das Ende des 6. Jh. als blosse Möglichkeit in Anschlag kommt. Ich betone diesen Umstand im Voraus, weil natürlich eine Antwort für die hell beleuchtete Epoche des ersten Kaisers eher zu finden ist als für die unbekannte Zeit des älteren Reformgesetzes. Freilich mag es Bedenken erregen, wenn die gleiche Frage für verschiedene Zeiten gleich beantwortet wird. Indess müssen wir bei dem Stillschweigen der Quellen über die Vorgeschichte der Aebutia zufrieden

[5]) S. oben § 22 S. 74 zur N. 4.

[6]) Nouv. Revue hist. de droit t. XIII p. 299.

sein, wenn sich durch die Betrachtung des frühkaiserlichen Rechtes Anhaltspunkte für Rückschlüsse ergeben, die nicht aller Wahrscheinlichkeit entbehren. Vor Allem aber sind in aller Kürze ein paar Vorfragen zu berühren.

Mit den alten Legisactionen war nach den Zwölftafeln, nach Probus, Gaius und Pseudo-Asconius (Bd. I S. 134 N. 6) das Gericht des *unus iudex* verbunden. Kann es dann überhaupt im 6., 7. Jh. Streitsachen unter Bürgern mit Recuperatoren gegeben haben? Wer an die einstige Alleinherrschaft der Legisactionen glaubt, muss das unbedingt in Abrede nehmen. Diesen Standpunkt braucht auch Derjenige nicht aufzugeben, dem die praetorischen Interdicte uralte Gebilde sind, da das anfänglich allein stehende Verfahren mit Sponsionen sehr wohl in einen Spruchformelprocess ausmünden konnte[7]). Wie aber, wenn das Verfahren mit Schriftformeln älter ist als die Aebutia? Diese Thatsache ist zwar nicht streng zu erweisen, doch spricht für sie ein so hoher Grad von Wahrscheinlichkeit wie für die wenigsten Hypothesen, die unsere Lehrbücher füllen und die allgemein ohne Widerstand nacherzählt werden.

Dass die Schriftformel nicht über Nacht erfunden ist, räumt man ein. Aebutius hat das neue Processmittel irgendwo entlehnt. Vielleicht unmittelbar von den Griechen Unteritaliens? Gewiss ist das nicht unmöglich. Doch bedenke man Folgendes. Nach der L. Aebutia wurde im Fremdenprocess *per concepta uerba* litigirt. Niemand bezweifelt das. Allein das Verfahren vor dem Peregrinenpraetor beruhte keineswegs auf der Aebutia; denn es war *iudicium im-*

---

[7]) S. Ubbelohde bei Glück Ser. d. B. 43, 44 II S. 112, 121.

perio continens. Was ist nun wahrscheinlicher: die Nachbildung des von Aebutius eingeführten, in Rom bisher unbekannten Formelverfahrens Seitens der Praetoren des Fremdengerichts, oder umgekehrt die gesetzliche Reception des zuerst im Peregrinengericht entstandenen und von den Praetoren ausgebildeten Processes? Man beachte wohl, dass die Fremden und selbst Römer im Streite mit Fremden[8]) nicht lege agiren konnten; dass für den Geschwornen im Peregrinengericht eine magistratische Rechtsweisung unerlässlich, und dass endlich die Streiturkunde wie geschaffen war zur Aufnahme der für den einzelnen Fall massgebenden Rechtsvorschrift. Darum, glaube ich, verdient Huschkes[9]) scharfsinnige Vermutung: die Voraebutische Schriftformel im Fremdengericht, vollen Beifall, zumal da keine Spur einer dritten Processart erhalten ist, in der die Parteien weder *per legis actiones* noch *per concepta uerba* litigirt hätten.

Die Formeln, mit denen der Streit im Peregrinenprocess befestigt wurde, gehörten wohl in der Zeit des Aebutischen Gesetzes, wenn nicht durchaus doch überwiegend, dem praetorischen[10]) Recht an, waren also Judicia

---

[8]) Natürlich konnte für die eine Vertragspartei nicht anderes Recht gelten als für die andere. Der Römer contestirte die Lis mit einem Peregrinen nach röm. Fremdenrecht.

[9]) Analecta litt. p. 216, 217; s. P.G. Bd. I S. 20, 21, 165, dazu Eisele Abh. S. 75–77, 105. Beigetreten ist jüngst (1889) auch Sohm Inst. S. 160 (d. 4. A.); s. P.G. Bd. I S. 64 N. 3.

[10]) Gegen das Ende des Freistaats (s. Bd. I S. 69 N. 1) haben die meisten Geschäftsklagen des Jus gentium eine Intentio mit dem Zusatz *ex fide bona*, welchen aber Cicero anscheinend als etwas ziemlich Neues behandelt. Ursprünglich waren vermutlich alle Judicia dieser Art praetorisch und *in factum* concipirt. Näheres über die Reception ins Volksrecht (*i. ciuile*) durch Gewohnheit in meiner Neg.

mit Fiction oder *in factum* concipirt. Das Urteil mochten in aller Regel Recuperatoren sprechen. Unsere Frage aber geht dahin, ob es zulässig ist, in der sog. Legisactionenepoche praetorische Bürgerprocesse mit praetorischer Formel anzunehmen, die bald von Einzelrichtern bald von Recuperatoren entschieden wurden? Die moderne Wissenschaft antwortet bekanntlich mit einem einstimmigen Nein. Denn vor der Aebutia habe es noch kein praetorisches Recht gegeben[11]; nur etwa Interdicte, jedenfalls keine Klagformeln *in factum*. Allein diese Lehre ist Nichts als eine auf allgemeinem Einverständniss beruhende Fabel, zu der man lediglich durch falsche[12]) Auslegung von Gell. XVI. 10, 8 gelangte, während die Quellen in Wahrheit nicht den geringsten Anhalt bieten. Schon nach dem Früheren steht so viel fest, dass die Rechtsverfolgung im Fremdengericht gewiss durch keine Lex geregelt war, weder der Process noch das Processmittel. Für beide ist anfänglich eine andere Ordnung als die durch das consularisch-praetorische Imperium gesetzte gar nicht denkbar. Erst später konnte die internationale Gewohnheit den Inhalt der bereits vorhandenen Geschäftsklagen feststellen

gestio § 12; dazu die treffende Ausführung von Bekker Ztschr. f. R. G.R.A. Bd. XVII S. 148. Unverständlich ist es, wie man trotz dem *oportere* der Formel u. trotz ausdrücklichen Zeugnissen (z. B. Paul. V. 6, 10: *ciuilis actio*) immer wieder den volksrechtlichen Charakter der Bonaefideiactionen leugnen kann: Krüger Quellen S. 44, 45. Vgl. noch § 1 I. de. obl. 3, 13 (Kr. — m. E. klassischer Herkunft): *obligationes . . ciuiles . . quae aut legibus constitutae aut certe iure ciuili comprobatae sunt.* — Mit Spruchformeln wurden wohl die Bonaefideisachen nie geltend gemacht. Möglich wäre nur Sponsion mit folgender L. A. gewesen.

[11]) S. Bd. I S. 159 z. N. 3, 4; dagegen aber Bd. I S. 161 und fast gleichzeitig Jörs R. Rechtswissenschaft I S. 179.

[12]) S. Bd. I S. 102, 103, 154, 155 N. 41.

und so einige Formeln ins Volksrecht hinüberführen[13]). Demnach ist zum Mindesten das Amtsrecht des Peregrinenpraetors als voraebutisch anzuerkennen. Gilt aber Dasselbe auch für das bürgerliche Honorarrecht? Anscheinend liegt darüber eine Äusserung von Gaius vor, IV. 11[14]):

Actiones quas in usu ueteres habuerunt, legis actiones appellabantur uel ideo quod legibus proditae erant (quippe tunc edicta praetoris, quibus conplures actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur), uel ideo . . .

Der Jurist handelt von den Legisactionen, mithin von den Actionen der Bürger; und demgemäss kann er unter den *edicta praetoris* nur die des Magistrats, der *inter ciues* Recht spricht, verstehen. Offenbar sind die erwähnten Edicte mit Absicht blos éinem Praetor zugeschrieben (nicht: *praetorum*[15]). Welcher von beiden es sei, das ist durch keinen Zusatz besonders ausgedrückt; doch denkt ein römischer Jurist im Zweifel immer an den Bürgerpraetor[16]). Darnach scheint aber Gaius deutlich zu sagen, dass das Album des Urbanpraetors in der „Legisactionenzeit“ noch keine Edicte enthielt, die Judicia verhiessen. Freilich hält es schwer, dem Juristen diese Ansicht zuzumuten, weil für die Aebutische Epoche (Cap. II) durch Cicero das Nebeneinandersein von Legisactionen (alten Styls) und praetorischen Klagformeln in Bürgerprocessen sicher bezeugt ist. Und wer näher zu-

[13]) S. oben S. 302, 303 N. 10.

[14]) Vgl. statt Aller Jhering Geist II. 2 § 47c S. 650 N. 896, dazu S. 631, 632 (3. A.).

[15]) So will P. Krüger den handschriftlichen Text ändern; vgl. im Übrigen meine Misc. IV Ztschr. f. R.G.R.A. Bd. XXII S. 386, 387.

[16]) Vgl. oben S. 225 N. 12.

sieht, bemerkt auch sofort, dass Gaius das Unrichtige gar nicht sagt. Nur der Zeit (*tunc*) spricht er die klagverheissenden Edicte des Urbanpraetors ab, wo die Gesetze zu Stande kamen, auf die sich die Legisactionen gründen (*actiones . . . proditae erant*). So aufgefasst könnte die gelegentliche Zwischenbemerkung buchstäblich wahr sein. Keinenfalls steht sie der Annahme eines Voraebutischen Honorarrechts für Bürger entgegen.

Endlich ist noch ein letzter Einwand zu beseitigen. Für uns sind die praetorischen und recuperatorischen Formeln, deren sich streitende Bürger in alter Zeit bedienen mochten, nur dann wichtig, wenn das Reformgesetz den neuen Urkundenprocess nicht blos für civile sondern auch für etwaige Honorarformeln legalisirte. Meine Ansicht über diesen Punkt ist schon aus dem hypothetischen Gesetzcapitel auf S. 212 zu entnehmen, dessen Text nach dem dort Gesagten unverändert aus der älteren Gerichtsordnung in die jüngere übertragen wurde. Betreffs der Julischen steht es ausser allem Zweifel (Gai. IV. 104, 107, 109), dass sie ihr *ius ratumque esto* für jede Litiscontestatio zwischen Bürgern aussprach, ohne etwas Anderes zu fordern als eine Judexformel. Es war also gleichgültig, ob die Parteien den Processvertrag mit Actio civilis oder A. praetoria abschlossen; die Processobligation war im letzteren Fall nicht minder legitim als im ersteren. Nur Das kann fraglich sein, ob diese Ordnung erst aus der L. Julia von 737 herstammt? Nach meinem Ermessen war schon der Aebutische Process in keiner Weise beschränkt auf gewisse Arten von Rechtsmitteln. Oben im 2. Capitel ist zunächst gezeigt, dass das schriftliche Judicium ge-

setzlich sofort für sämmtliche Civilklagen[17]) ins Leben trat. Alle[18]) Legisactionen wurden durch die Aebutia entbehrlich, nicht blos einige. Denn Gaius hätte sonst den § 30 (IV) nicht so fassen können, wie er überliefert ist; vielmehr hätte er etwa sagen müssen: *aliae* (*legis actiones*) *per legem Aeb.*, *aliae per l. Iuliam sublatae sunt*[19]). Andrerseits richtet der Jurist a. a. O. sein Augenmerk allerdings nur[20]) auf die Civilklagen; die amtsrechtlichen lässt er bei Seite, wobei für ihn dieselbe Erwägung massgebend war, welche uns im 2. Cap. (Bd. I S. 66) abhielt, aus Ciceros Werken auch die honorarischen Klagen heranzuziehen. Der Grund aber ist klar. Gaius stellt im 4. Buch § 11—29 die Legisactionen dar; im § 30 und 31 schildert er den Übergang zu den Schriftformeln. Daselbst wird berichtet, wie weit das neue Processmittel an die Stelle des alten trat. Hiebei blieben natürlich diejenigen Klagen ausser Betracht, wo Legisactio und Formula gar nicht concurrirten, m. a. Worten die praetorischen Actionen, mit denen man im gesetzlichen Spruchverfahren überhaupt nicht litigiren konnte[21]). Schweigt doch unser Gewährsmann in der erwähnten Stelle auch vom Julischen Process mit Actio in factum, während er später in IV. 107, 109 diesen Fall ausdrücklich hervorhebt.

Waren übrigens zur Zeit, als das erste Reformgesetz

---

[17]) Vgl. aber Bd. I S. 166 und oben S. 213 N. 60.

[18]) Auch Gell. XVI. 10, 8 nimmt nur die L. A. in Centumviralsachen aus; vgl. ferner Bd. I § 16.

[19]) Ich wiederhole hier das im I. Bd. S. 154 z. N. 40 Gesagte, weil Eisele Abhandl. S. 105—109 auch über diese Bemerkung, die sich schon bei Puntschart findet, mit Stillschweigen hinweggeht.

[20]) Ausgedrückt ist übrigens diese Beschränkung nicht; sie ergiebt sich aus dem Inhalt der Stelle.

[21]) Vgl. oben S. 303 N. 10 a. E.

erging, Judicia *in factum* zwischen Bürgern noch ungebräuchlich — was ich unentschieden lasse — dann versteht man eben so leicht wie im entgegengesetzten Fall, weshalb die Aebutia in dem massgebenden Capitel das Erforderniss der Civilformel nicht aufstellte. Der Verfasser der Lex kann sehr wohl blos an die volksrechtlichen Klagen gedacht haben, weil er *inter ciues* keine anderen kannte; doch vermied er es weislich, den neuen Process auf die damals im Gericht verfolgbaren Sachen zu beschränken. In Folge dessen wurde sein Gesetz später, als Judicia *in factum* unter Bürgern aufkamen, auch auf diese neuen Sachen erstreckt, u. z. ohne gezwungene Auslegung, weil ja der Legaltext keine Grenze gezogen hatte (Gai. IV. 103, 104[22]).

Wenn wir sodann die zweite Möglichkeit erwägen: Honorarformeln im Verfahren zwischen Römern vor der Reform, so zeigen sich auch hier keine stichhaltigen Gründe, die den Urheber der Lex veranlassen konnten, das Judicium mit praetorischer Actio von der Legalisirung auszuschliessen, d. h. zu unterlassen, was doch Augustus ohne Zweifel gethan hat. Bedenken von der Art, wie beispielsweise die Befürchtung, das „untergeordnete“ Honorarrecht in allzu nahe Beziehung zum vornehmen Volksrecht zu bringen, oder dem praetorischen Anspruch durch den Legalprocess eine ihm nicht gebührende legitime Geltung zu verschaffen, solche Bedenken, die bei der bekannten Studierlampe ausgeheckt sind, haben natürlich Roms nüchterne Gesetzgeber

---

[22]) Dass Gai. l. c. auch das Aebutische Judicium definirt, ist oben S. 219, 220, 222 gezeigt. — Ein Process mit praetorischer Formel (A. metus causa; s. Krüger Cons. S. 30 N. 6) war der gegen Plotius bei Cic. p. Flacco c. 21 § 50. Nur weil dem Kläger das Bürgerrecht fehlte, *iudicium lege non erat*; vgl. oben S. 220 N. 2.

zu keiner Zeit beschwert. Ebenso nichtig wären etwaige Hinweisungen auf vermeintliche Schwierigkeiten, die dem Aufsetzen von Schriftformeln entgegenstanden, und die es ratsam erscheinen liessen, das neue Processmittel zunächst nur für einfache Fälle, etwa für Actio certae pecuniae und dergleichen, einzuführen. Offenbar ist es verkehrt, für die Erfindung geschriebener Formeln eine grössere Kunstfertigkeit zu verlangen als für die Abfassung der alten Spruchformeln.

Nach dieser unvermeidlichen Abschweifung kehren wir zurück zum Einzelrichter als Voraussetzung des Judicium legitimum. Was in Wahrheit unwahrscheinlich ist: das Vorhandensein praetorischer Bürgerprocesse mit Recuperatorenformel[23]) vor der Aebutia, soll hier für sicher gelten, während es in der That erst für die Zeit Ciceros erwiesen ist. Daran schliessen wir wieder (S. 300) die Frage, warum das erste und später das zweite Reformgesetz nur éine Art von Processen, nur die mit Judexformeln contrahirten legalisirt hat? Um die Antwort vorzubereiten, muss gezeigt werden, dass die Recuperatoren nirgends ausschliesslich zur Judication berufen waren. Wenn es gelingt, dies darzuthun, ändert sich sofort die Bedeutung des Judexerfordernisses. Trotz des unerlässlichen Einzelrichters wäre doch der Weg zum gesetzlichen Process in keiner Sache versperrt gewesen.

Die Nachrichten, welche die Quellen über den Wir-

---

[23]) Plautus erwähnt zweimal Recuperatoren: Bacch. II. 3 v. 36, Rud. V. 1 v. 2. Hält man einen Schluss überhaupt für zulässig, so könnte er nur lauten: um das Jahr 562 urteilen in Rom Recuperatoren im Fremdenprocess; vgl. etwa Sell Recuperatio S. 410, 411, Bethmann-Hollweg Civp. Bd. I S. 68 N. 5. S. noch Liv. XXVI c. 48, XLIII c. 2.

kungskreis der Recuperatoren geben, sind nicht allzu spärlich. Dennoch haben Keller[24]) und Andere offen gestanden, das „Princip, demzufolge einzelne Klagen oder Arten von Klagen an Recuperatoren . . . gewiesen wurden", nicht finden zu können. Und allerdings ist dieses Ziel, welches der Forschung immer vorschwebte, wirklich unerreichbar. Allein es war eben verfehlt, von vornherein eine bestimmte Lösung der Frage ins Auge zu fassen, als ob eine andere gar nicht denkbar wäre. Nach meinem Ermessen fügen sich alle Äusserungen der Quellen aufs Beste dem im I. Bd. S. 107, 108 angedeuteten Wahlprincip. Den Gang der Entwickelung aber haben wir uns etwa folgender Massen vorzustellen.

Anfänglich giebt es in Rom Recuperatoren nur im Fremdenprocess. Nach Quiritenrecht urteilt Einer; die Richtermehrheit, vielleicht herkömmlich in den Internationalgerichten Italiens, mochte durch Staatsverträge vorgeschrieben sein, und zwar allgemein, ohne Unterscheidung der Rechtssachen. Verlangte aber der Vertragsfremde selbst statt der mehreren éinen Judex, so stand der Zulassung des Einzelrichters[25]) Nichts im Wege. Seine Ordnung empfing der Fremdenprocess durch das Imperium des römischen Beamten, dem völkerrechtlich gewiss keine engen Schranken gesetzt waren. Auch die Formeln beruhten ursprünglich durchaus auf dem Amtsrecht; das Verfahren war im Vergleich zum rein bürgerlichen beschleunigt[26]),

---

[24]) Civilpr. § 8 S. 40, 41; vgl. Bethmann-Hollweg Civpr. Bd. II S. 63, Lenel Edict S. 21 N. 3, S. 361, Jörs R.R.W. I S. 164 N. 1.

[25]) S. Gai. IV. 105: *Imperio continentur (iudicia) . . . quae sub uno iudice accipiuntur interueniente peregrini persona . . . litigatoris;* dazu IV. 37: *iudex esto.*

[26]) S. Bd. I S. 108 N. 11.

ähnlich und anscheinend aus demselben Grund wie im deutschen Gastgericht[27]). Ganz ungebunden muss das Imperium im Streit zwischen Römern und Unterthanen gewesen sein. Ob hier ein[28]) oder mehrere Richter gegeben wurden, das hing vom Antrag der Parteien ab, zunächst wohl des Klägers, und von der Entscheidung des Praetors. Doch ist als Regel im Fremdenprocess überall die Judication von Recuperatoren anzunehmen.

Ungefähr das umgekehrte Verhältniss hat sich im Lauf der Zeit im Bürgerprocess festgestellt. Für die alte Legisactio ist nur der Geschworne in der Einzahl bezeugt. In welchen Fällen dann zuerst Recuperatoren unter Bürgern zum Spruch berufen wurden, das unterliegt kaum einem Zweifel. Mit den Honorarformeln, die aus der Tafel des Peregrinenpraetors in das Album des Stadtpraetors übergingen, dürften auch die Recuperatoren übernommen und demnächst noch für andere[29]) Sachen amtsrechtlicher Herkunft zugelassen sein. Sehr wahrscheinlich hat es einige Fälle gegeben, wo das kleine Collegialgericht sogar in erster Linie angeboten war, sicher aber keinen einzigen, wo der Magistrat die Ernennung eines Judex für ausgeschlossen erklärte. War doch die Absicht, welche der Verheissung eines Judicium recuperatorium zu Grunde lag, schwerlich eine andere als die, dem Actor eine Begünstigung

---

27) Litteratur bei Stobbe Deutsches Privatrecht Bd. I S. 317 N. 33 (2. A.).

28) S. oben S. 309 N. 25.

29) Die aestimatorische Injurienklage möchte man nach Labeo bei Gell. XX. 1, 13 für eine Erfindung des Bürgerpraetors halten. Lenel Edict S. 321 N. 4 glaubt eine Anspielung auf ihre Formel schon bei Plaut. Asin. II. 2 v. 104 zu erkennen. Dieselbe Entstehungszeit nimmt Huschke Gaius. Beitr. S. 128 an.

zu gewähren, insbesondere eine rasche Durchsetzung des Klaganspruchs zu ermöglichen. Verzichtete der Kläger auf diesen Vorteil, so hatte der Praetor keinen Anlass, ihm das strengere Ausnahmegericht aufzuzwingen, selbst nicht in den Fällen, wo es sich um gefährliche Delicte handelte; denn auch diese führen ja vor dem Stadtpraetor nur zum Privatprocess. Andrerseits konnte der Kläger seit der Ausdehnung des legitimen Verfahrens auf praetorische Sachen füglich schwanken bei der Auswahl des Gerichtes. Erbat er sich Recuperatoren, so durfte er die Urteilsfällung in kurzer Frist erwarten; allein der Spruch war dann nicht unumstösslich, er entbehrte der legitimen Geltung, die nur der Sentenz des Judex zukam.

Gegen den Ausgang der Republik urteilen in Rom kleine Richtercollegien nachweislich auch in Processen mit Civilformeln. So hielt bekanntlich Cicero seine Rede für Caecina in einem durch Interdict eingeleiteten Sponsionsverfahren vor Recuperatoren; dagegen die Rede für Quinctius, wo die Actio auf einer Praejudicialsponsion ruhte, vor éinem Geschwornen[30]). Sodann bezeugt Gai. IV. 141 allgemein den Gebrauch von recuperatorischen Formeln für das Verfahren mit Interdict und Sponsion; Pomponius (Dig. 42, 1, 36) und Andere[31]) für Freiheitsprocesse; endlich für Civilklagen überhaupt Gai. IV. 109. Um nämlich zu zeigen, dass Judicia mit legitimer Formel zuweilen zu den *imperio continentia* gehören, bemerkt der Jurist Folgendes:

---

[30]) Vgl. Cic. de off. III c. 19 § 77. Beispiele von Recuperatoren in Sponsionssachen (zw. Bürgern) aus der sicilischen Praxis: Cic. in Verr. III c. 58—60 § 135—140, V c. 54 § 141.

[31]) S. die Belege bei Lenel Edict S. 20 N. 5 u. 4.

. . . *si uerbi gratia ex lege Aquilia uel . . . in prouinciis agatur, imperio continebitur iudicium; idemque iuris est et si Romae apud recuperatores agamus.*

Die Erwähnung des Aquilischen Gesetzes darf nicht irre machen. Weder dieses noch die meisten anderen mit privatrechtlichem Inhalt haben die Frage des Gerichtes besonders geregelt, und gewiss haben sie kein Judicium recuperatorium angeordnet. Allein dem Praetor stand es frei, statt des éinen eine Mehrheit von Geschwornen zu gewähren, und er war hiebei, wie die Gaiusstelle ergiebt, nicht beschränkt auf das Gebiet der honorarischen Actionen. Wie weit aber die praetorische Praxis thatsächlich in dieser Richtung vorschritt, das ist nicht auszumachen[32]. Halten wir uns an die Beispiele, welche die Überlieferung bietet[33], so fielen in Rom in den Kreis der gewöhnlich recuperatorischen Sachen fast nur honorarische Actionen,

---

[32]) Wo die Formel das Gericht anwies, Manches nach freiem Ermessen zu entscheiden, insbesondere Schätzungen vorzunehmen, da möchte man wegen der Schwierigkeit, durch Abstimmung im Collegium das Urteil zu gewinnen, die Judication Mehrerer am ehesten ausschliessen: so bei As. arbitrariae — was Gai. IV. 141: . . . *cum arbiter petitur* unterstützt — und bei As. bonae fidei. Allein zur Vorsicht mahnt doch sehr die Judication von Recuperatoren in Processen mit praet. Formeln, die *in bonum et aequum* concipirt waren; vgl. wegen der A. iniuriarum Gell. XX. 1, 13, wegen der A. sep. uiolati Ulp. D. 47, 12, 3, 8 (woraus wir zwar keine Ankündigung im Album, wohl aber die thatsächliche Berufung von Recuperatoren folgern müssen; insofern ist Lenel Edict S. 181 gegen Rudorff Ed. § 92 im Unrecht). Zudem werden bei der arbitrarischen A. metus causa neben dem Judex (Ulp. Dig. 4, 2, 14 § 4, 5, 11) auch Recuperatoren erwähnt (Cic. in Verr. III c. 65 § 153 — für Sicilien).

[33]) S. Cic. p. Tull., p. Caec., p. Flacco c. 4 § 11, Suet. Vesp. c. 3, Gai. IV. 46, 141, 185 u. die Anführungen in den vorstehenden Noten 29—32. Zu Tac. Ann. I c. 74 u. Suet. VI c. 17 vgl. Mommsen St.R. II[1] S. 122 N. 4, S. 462 N. 4.

zu denen man in gewissem Sinn[34]) auch die durch praetorische Stipulation geschaffenen zählen mag. Demnach bestand wohl ausser dem geschichtlichen noch ein anderer Zusammenhang zwischen der Beschaffenheit der Formel — ob civil- oder amtsrechtlich — und der Art des Gerichtes. Worauf aber die dauernden Beziehungen der Richtercollegien zur A. praetoria beruhten, das ist unschwer zu erraten. Unter den Judicia imperio continentia hatte das recuperatorische deutlich das Gepräge eines summarischen Rechtsganges, und demgemäss war auch die Wirkung des Processes nicht endgültig, weder die negative noch die positive. Nun eignete sich begreiflich das minder gründliche und deshalb raschere Verfahren am besten für Sachen von geringerem Gewicht; und als solche erscheinen in der That im Grossen und Ganzen die praetorischen gegenüber den civilen. War doch der Gedanke, der die Rechtssatzung der Praetoren beherrschte, wesentlich der, nur die Lücken auszufüllen, die das Volksrecht aufwies. Es leuchtet ein, wie daraus notwendig das eben bezeichnete Verhältniss zwischen Jus civile und Jus honorarium hervorgehen musste.

Mit diesen Andeutungen über Geschichte und Geschäftskreis der einstigen Internationalrichter können wir uns begnügen. Doch ist allerdings éin Punkt noch genauer zu begründen: die Concurrenz des *unus iudex* in denjenigen Fällen, wo die Quellen Recuperatoren nennen. Vor Allem soll erwogen werden, ob ein Einzelgeschworner zulässig war, wo die Edicte ausdrücklich ein Judicium mit mehreren Richtern verhiessen? Dass die Gerichtstafeln in Rom in

---

[34]) Vgl. aber Wlassak Krit. Studien S. 25.

der That solche Clauseln enthielten, dafür kann man Prob. 5 nr. 8 anrufen:

q. e. r. e. t. p. iudicium recuperatorium dabo ...
und Labeo bei Gell. XX. 1, 13:

... praetores ... iniuriis aestumandis recuperatores se daturos edixerunt.

Dies letztere Edict stammt vermutlich aus dem Album des Stadtpraetors[35]; dagegen könnte Probus die mitgeteilten Worte ebenso gut in Edicten des Fremdenpraetors gefunden haben. Andere Nachrichten gleicher Art liegen überhaupt nicht vor. Namentlich gestatten die Zeugnisse über die von Recuperatoren in gewissen Sachen gefällten Urteile durchaus keinen Schluss auf den Text der entsprechenden Edicte[36]). Wenn in diesen das neutrale *iudicium dabo* den Auslaut bildete, so war zwar in erster Linie an den Einzelrichter gedacht, doch stand die Ernennung von Recuperatoren mit der so gefassten Verheissung keineswegs im Widerspruch. Auch gab vielleicht der Praetor hie und da seine Absicht betreffs der Richter nur dadurch kund, dass er dem Formelschema die Worte vorschrieb: *recuperatores sunto*[37]). Ein Fall von solcher Beschaffenheit ergiebt sich aus der Zusammenstellung des Edictes bei Ulp. D. 2, 4, 4, 1 und der Formel bei Gai. IV. 46; nur drückt freilich das erstere ein Verbot aus, kein Versprechen eines Judiciums. Endlich wäre noch eine

---

[35]) S. oben S. 310 N. 29.

[36]) Dies beachtet Lenel Edict S. 20, 21 nicht. Neuerdings schaltet er sogar in der Paling. II p. 764[3], 765[2] (s. auch p. 760[3], 761[6]) zweimal vor *iudicium dabo* das Wort *recuperatorium* ein (ohne Fragezeichen!), obwohl sich die Quellen über das übliche Gericht gar nicht äussern. Vgl. übrigens oben S. 227 N. 20.

[37]) Prob. Eins. nr. 2.

besondere Clausel im Album denkbar, die für mehrere Actionen zusammen die Frage des Gerichtes geregelt hätte. Ein Beispiel hiefür aus der Verrinischen Praxis ist weiter unten (S. 321, 322) anzuführen.

Fragt man nach allem dem, ob auf der Tafel des Bürgerpraetors recuperatorische Gerichte ausdrücklich angekündigt waren und in welcher Weise, so ist eine zuverlässige Antwort gar nicht möglich. Am besten beglaubigt erscheint durch Labeo ein Iniurienedict mit den Worten *recuperatores dabo* oder *iudicium recuperatorium dabo.* Allein mag die Clausel wirklich so gelautet haben, oder aber *iudicium recuperationem dabo*, jedenfalls ist gerade für die A. iniuriarum die Judication des Einzelrichters durch klare Quellenäusserungen (Bd. I S. 107 N. 10) ausser Zweifel gesetzt, und zwar sowohl für das letzte Jahrhundert der Republik[38]) wie für das zweite (Gai.) und dritte (Ulp.[39]) der Kaiserherrschaft. Sollte also im Edict jede Andeutung der Wahl zwischen den Richterarten gefehlt haben, — was durchaus nicht feststeht — so muss es ein selbstverständliches Recht der Parteien gewesen sein, überall einen Judex zu erbitten. Durch das Versprechen des Praetors war eben keine Bindung der Bürger beabsichtigt; ein Kläger, der auf das raschere Verfahren verzichtete und das

---

38) Durch A. ad Her. II c. 13 § 19 (um d. J. 672 geschrieben); während Cic. (nicht viel später) de inuent. II c. 20 § 59, 60 vom *recuperatorium iudicium* spricht.

39) Im Regelbuch Coll. II. 2, 1 (m. E. ist das überlieferte *non* vor *sine* unentbehrlich. Mommsen Collectio III p. 143 versetzt es vor *est*; vgl. aber die Ausgaben von Huschke und Krüger Collectio II p. 38); dazu Paul. V. 4, 7. Aus den Zeugnissen für den *iudex* folgert Huschke Gai. Beiträge S. 138, 139 unrichtig, dass die Recuperatoren nur für ein Aestimationsvorverfahren gegeben wurden.

legitime mit dem Einzelgeschwornen vorzog, verlangte Nichts, was das Edict versagen wollte. Wenn aber die Quellen in dem einzigen Fall, für den ein *recuperatores dabo* (ohne voraufgehendes *iudicium?*) geradezu bezeugt ist, zur Annahme der Concurrenz des Einzelrichters nötigen, so darf Dasselbe gewiss auch für die anderen Actionen behauptet werden, die etwa in ähnlicher Weise vom Stadtpraetor angeboten waren. Wollte Jemand diese Verallgemeinerung nicht gelten lassen, dann dürfte man füglich begehren, dass er zuvor die vorausgesetzten, blos recuperatorischen Edicte im Bürgeralbum nachweise. Meines Wissens ist nur éine Clausel[40]) zu nennen, die hergehört, mag auch ihr Text völlig unsicher sein: die aus Gai. IV. 185 bekannte, in der der Praetor *quibusdam ex causis* Vadimonien zuliess *recuperatoribus suppositis*. Wenn hier des Einzelgeschwornen nicht gedacht war, so erklärt sich Dies aus der Eigentümlichkeit des in Rede stehenden Vadimoniums, welches eine möglichst schleunige *(protinus)* Verurteilung sichern sollte, und aus dem Rechte des Klägers, ein minder strenges Vadimonium (ohne sofortige Processbegründung) zu beantragen. Oder glaubt man im Ernst, der Magistrat habe seine Mitwirkung verweigert, wenn die angreifende Partei in den *quibusdam causis* ein milderes Verfahren vorschlug[41])? Selbst ein Gestellungsversprechen *iudice supposito* dürfen wir nicht für ausgeschlossen erachten; nur war es wohl unzweckmässig und daher kaum im Gebrauch.

In zweiter Reihe sind die Nachrichten zu prüfen, welche Recuperatoren betreffen, ohne dass ersichtlich wäre,

---

[40]) Vgl. Lenel Edict S. 68, 69.

[41]) Vgl. übrigens Ulp. Dig. 46, 5, 1, 10.

ob ihre Spruchthätigkeit auf einer Edictalnorm beruhte. Eine solche fehlt auch bei dem auf S. 314 erwähnten Musterschema, dessen Text wir Gai. IV. 46 verdanken. Das am Eingang stehende *recuperatores sunto* war sicher eben so wenig unveränderbar wie andere Stücke der Formel. Der Magistrat konnte es nach dem Antrag des Klägers durch ein *iudex esto* ersetzen. Lediglich zu wiederholen ist diese Bemerkung für die Actio vi hominibus armatis, wenn das Formular wirklich mit Recuperatoren proponirt war, was man vermuten, nicht behaupten darf. Übrigens hat sich zufällig in Ciceros Rede pro Tullio, aus der das Judicium recuperatorium hergeleitet wird, eine deutliche Hinweisung auf die Statthaftigkeit des Einzelrichters erhalten. Die Stelle (c. 17 § 41) lautet:

Etenim, recuperatores, non damno commouentur magistratus, ut in haec uerba iudicium[42]) *dent. Nam ⟨si⟩ id esset, nec recuperatores* ***potius*** *darent quam iudicem, nec in uniuersam familiam sed in eum ⟨qui⟩cum nominatim ageretur, nec in quadruplum sed in duplum, et ⟨ad⟩ DAMNUM adderetur INIURIA.*

Viermal ist „das Strengere dem Milderen gegenübergestellt“ [43]), und der Redner verschmäht es nicht, den Gegensatz wiederholt mit denselben Worten: *nec — sed* hervorzuheben. Nur das erste Mal ersetzt er das *sed* durch *potius,* und dieses *potius* kehrt im Folgenden nicht wieder. Offenbar dient der nur einmal gebrauchte Ausdruck dazu, den zuerst genannten Gegensatz abzuschwächen. Cicero durfte nicht sagen: „Die Magistrate würden nicht Rec., sondern *(sed)* einen Judex geben“, weil den Beamten

42) S. Bd. I S. 79 N. 5 a.

43) So Degenkolb Lex Hieronica S. 8 N. 1.

der Gedanke fern lag, durch das Anbot des einen Gerichts die Gewährung des anderen schlechthin abzulehnen. Richtig konnte er nur sagen: „Die Magistrate würden nicht lieber *(potius)* Rec. als einen Judex geben"; denn bei der A. vi hom. arm. war die Ernennung eines Judex keineswegs ausgeschlossen.

Wie es mit den Geschwornen im Interdictenverfahren stand, das kann der unbefangene Leser leicht aus Gai. IV. 141 ersehen. Durch den Ausspruch des befehlenden oder verbietenden Interdicts ist das Verfahren nicht abgeschlossen, *sed ad iudicem recuperatoresue itur...* Bald wird *cum poena,* bald *sine poena* agirt; *sine poena, ueluti cum arbiter petitur.* Demnach war es üblich, über arbitrarische Formeln nur éinen[44]) Geschwornen entscheiden zu lassen, während die Parteien im Process *cum poena* zwischen Recuperatoren und Einzelrichter zu wählen hatten. Letzteres: den *iudex* im Sponsionenverfahren bezeugt Gaius nochmals ausdrücklich in IV. 166[a].

Von den übrigen Rechtshändeln, in denen Recuperatoren überliefert sind (S. 312 N. 33), wären hier noch die Freiheitsprocesse[45]) zu besprechen. Indess ist schon im I. Bd. S. 179 N. 12 gezeigt, dass bei der Petitio *in libertatem* und *in seruitutem* genau dieselbe Concurrenz der Richterarten stattfand wie bei der praetorischen A. iniuriarum. Nun liegen aber noch andere Zeugnisse vor, die unzweideutig das behauptete Wahlprincip bestätigen; das älteste in dem Ackergesetz von 643. Daselbst ist wiederholt die

---

[44]) Vgl. aber oben S. 312 N. 32 a. E.

[45]) Eine Mehrzahl von Richtern setzt die L. Junia Petronia (Hermog. D. 40, 1, 24 pr.) aus dem Jahre 19 p. Chr. voraus; s. Mommsen St.R. III[1] S. 346 N. 1, Karlowa R.R.G. Bd. I S. 624.

Rede vom *iudicium iudicem recuperatores(ue)*[46] *dare* Seitens der Magistrate und Promagistrate (Z. 30), des Consuls und Praetors (Z. 33–35), endlich (Z. 35, 36) Seitens dieser Beamten und des Censors[47]). Wie ein Blick auf den Legaltext lehrt, spricht das Gesetz nicht von einer Mehrzahl ungleicher Sachen, so dass ein Judex die einen, und ein Colleg von Recuperatoren die anderen zu entscheiden hätte; vielmehr ist es den Magistraten anheimgegeben, Streitigkeiten derselben Art bald éinem bald mehreren Richtern zur Beurteilung zuzuweisen[48]). Hiebei waren ohne Zweifel die Anträge der Parteien zu berücksichtigen.

Einen Beleg für das Vorkommen beider Richtergattungen in derselben[49]) Sache liefert auch das 5. (55.) Cap. der sog. Lex Mamilia (Julia agr. — 695), welches zuerst das Delict der Grenzverrückung mit einer festen Mult bedroht und weiter verordnet:

deque ea re curatoris, qui hac lege erit, iuris dictio reciperatorumque datio addictio esto. Cum curator hac lege non erit, tum quicumque magistratus in ea colonia . . . iure dicundo praeerit, eius magistratus de ea re iuris dictio iudicisque datio addictio esto.

Nach meinem Ermessen ist übrigens dieser Text, den die Feldmessersammlung bietet (Lachm. p. 265), moderni-

---

[46]) Dagegen ist ein Recuperatorengericht ohne Concurrenz des Judex angeordnet in Z. 36—39 (zwischen Publicanen u. Zinspflichtigen); vgl. auch Lex lat. Bant. Z. 9, 10, L. Urson. (oben S. 82 N. 23), Ed. Venafr. Z. 65–69.

[47]) Vgl. Mommsen St.R. II[1] S. 462, 465, 467 N. 1.

[48]) S. auch Zimmern Civpr. S. 101, Huschke in Richters Jahrb. Jahrg. I S. 907.

[49]) Wegen der A. metus causa vgl. oben S. 312 N. 32 a. E.

sirt und ohne Verständniss gekürzt. In der Lex selbst war wohl dem römischen Commissar und dem landstädtischen Beamten gleichmässig[50]) *iurisdictio (iudici) iudicis reciperatorum(ue) datio addictio* zugesprochen. Natürlich will das nur eine Vermutung sein; allein so Viel lässt sich aus beiden Ackergesetzen zuverlässig erschliessen, dass die Beschaffenheit der Rechtssache keineswegs ausschlaggebend war für die Bestimmung der Zuständigkeit des Recuperatorengerichtes. Wenn daher Z. 15 des Atestiner Fragments die *iurisdictio iudicis arbitri recuperatorum datio addictioue* in den von römischen Ordnungen beherrschten Latinergemeinden des cisalpinischen Gebietes erwähnt, so hat keine andere Auslegung grössere Wahrscheinlichkeit als die Annahme eines electiven Verhältnisses zwischen den Geschworenen dieser und jener Art. Im selben Sinn ist eine Vorschrift der L. Antonia für Termessos (683) II Z. 1—5 und, wenn Mommsens[51]) Auflösung zutrifft, auch der vielerörterte[52]) Schlusssatz des c. 21 der L. Rubria zu verstehen. Dort werden die Magistrate und Pro-

---

[50]) Mommsens Ansicht Ephem. ep. II p. 141, dass die Worte *iudicis datio* die Gewährung von Recuperatoren einschliessen, scheint mir unannehmbar. Doch ist allerdings die Lehre der Neueren höchst seltsam, derzufolge röm. Gesetze den Municipalbeamten, die „nur *iurisdictio* nicht *imperium* hatten“, die *recup. datio* verweigern mussten. Als ob Schulbegriffe (um von der Frage ihres Daseins im J. 695 abzusehen) eine Fessel für den souveränen Gesetzgeber gewesen wären! Und weshalb soll denn das *dare recuperatores* seiner Natur nach eine grössere Machtvollkommenheit voraussetzen als das *dare iudicem?* Vgl. übrigens L. Urson. c. 95, L. Rubr. c. 21 in f., auch Fr. Atest. Z. 15.

[51]) Im C.I.L. I p. 117 (ed. I) unter Verweisung auf L. Ant. de Term. II Z. 4. Ebenso Bruns Font. p. 98, Girard Textes p. 67. Dirksen u. A. haben: *iud. recuperatorium.*

[52]) Am eingehendsten von Schrutka in d. Wiener Sitzungsb. Jg. 1884 S. 463—476, der auch *iud. recuperatorium* liest.

magistrate angewiesen, den Termessern, die wegen der *leiberi serui, quos bello Mitridatis ameiserunt*, Rechtshülfe begehren sollten: *ita de ea re ious deicunto iudicia recuperationes danto, utei ie[i] eos recuperare possint;* hier die landstädtischen Beamten in Gallien ermächtigt, gegen Denjenigen, der es unterliess, *uadimonium Romam ex decreto promittere aut uindicem locupletem dare „ob e(am) r(em) iudicium recup(erationem)"* zu bewilligen. Wäre *iudicium* nur auf den zweiten, der Richterernennung nachfolgenden Teil der Formel zu beziehen, so würde man eher *recuperatores* erwarten. Auch Das ist schwerlich richtig, in der *reciperatio* lediglich eine genauere Bestimmung des voraufgehenden *iudicium* zu erkennen; vielmehr muss wohl übersetzt werden: „eine Judexformel oder eine Recuperatorenformel".

Am deutlichsten bezeugt ist die Wahlbefugniss, die den Parteien hinsichtlich des Schwurgerichts zusteht, durch ein Verrinisches Edict für Sicilien und durch zwei Fälle, die Cicero aus der Praxis des Verres[53]) mitteilt. Das erstere (in Verr. III c. 14 § 35), welches für alle *controuersiae inter aratorem et decumanum* gelten sollte, lautet so:

Si uter uolet, recuperatores dabo.

Begreiflich darf man in den höhnenden Bemerkungen, die aus dem Munde des Anklägers kommen, keine Erläuterung dieser Worte suchen. Indess ist ihr Sinn ohne Weiteres klar. Beiden Parteien wird das Recht eingeräumt,

---

[53]) S. auch Degenkolb L. Hieronica S. 29—31; entschiedener Rudorff R.R.G. Bd. II S. 36: „die austrägale und internationale Competenz (der Rec.) kann aber durch Privatwillen ausgeschlossen werden: die Parteien können statt der Rec. um einen Judex bitten und umgekehrt," . . .

statt des Einzelrichters Recuperatoren zu erbitten, und wenn nur éine von dieser Befugniss Gebrauch macht, verspricht der Praetor dem Antrag Folge zu geben. Woher Verres die Clausel nahm, ob sie auch dem stadtrömischen Bürgeralbum angehörte und hier etwa Bezug hatte auf eine ganze Reihe von Edicten, das wissen wir nicht. Allein als Erfinder dürfen wir den habgierigen Statthalter von Sicilien doch nicht betrachten; denn Cicero schickt dem Citat folgenden Satz voraus: *Deinde in hoc homo luteus etiam callidus ac ueterator esse uult, quod ita scribit: Si* ... Sonach war, wie es scheint, die im Verrinischen Album enthaltene Clausel für die Römer, an die sich der Redner wendet, nichts Neues.

Aus der Frumentaria ist noch anzuführen: c. 11 § 28, wo das Edict *de iudicio in octuplum* erörtert und der Vorwurf erhoben ist, dass Verres in dieser Sache[54]) *de conuentu nullum unquam iudicem*[55]) *nec recuperatorem dedit*[56]),

und c. 58 § 135 (s. c. 60 § 137):

Cum eodem Apronio postea P. Scandilius, eques Romanus, . . . eandem sponsionem de societate fecit, quam Rubrius facere uoluerat. Instituit, oppressit, non remisit; facta est sponsio HS V; coepit Scandilius recuperatores aut iudicem postulare.

Das Judicium *in octuplum*, welches wohl mit Recuperatoren proponirt war (in Verr. III c. 13 § 32), hätte hauptsächlich zwischen Römern und sicilischen Bauern

[54]) So auch Degenkolb L. Hieronica S. 30, der aber diese Auslegung nicht „für unumstösslich“ hält.

[55]) Wegen des Einzelrichters in Sicilien vgl. Cic. in Verr. II c. 13 § 32—34.

[56]) Vgl. Cic. pro Caec. c. 21 § 61.

stattfinden müssen; dagegen wurde die Sponsion (c. 58) zwischen zwei Römern contrahirt. Für beide Fälle bezeugt Cicero ausdrücklich die Concurrenz des Judex und der Recuperatoren; aus dem letzteren ersehen wir überdies, dass zuweilen auch der Parteienantrag alternativ gefasst war.

Die hier und weiter oben benutzten Stellen aus Gesetzinschriften und aus dem 3. Buch der Verrinen handeln nicht vom stadtrömischen Verfahren oder doch nicht vom gemeinen Privatprocess in Rom; zum Teil beziehen sie sich auf den Rechtsgang in Sicilien und wieder nicht blos auf den Bürgerstreit in der Provinz. Alle aber führen uns römische Ordnungen vor, teils legale teils obrigkeitliche, die ohne Zweifel ihr Vorbild im gemeinen Bürger- und Fremdenprocess der Hauptstadt hatten. In der That wäre es fruchtlose Mühe, den Gründen nachzuforschen, aus denen gerade in den Provinzen das elective Verhältniss zwischen den beiden Geschwornenarten hervorging, und ebenso fruchtlos wäre es, die Besonderheiten jener Rechtshändel aufzusuchen, wie der Injurien- und der Erpressungsklage, der Klage wegen Grenzverrückung, der Petitio *in libertatem* und *in seruitutem*, bei denen zufällig der Stand der Überlieferung den Nachweis der Richterconcurrenz gestattet. Vielmehr sind wir vollauf befugt, alle hier angereihten Nachrichten zusammenzufassen: aus den zuerst (S. 314—319) besprochenen, die den Bürgerprocess in Rom betreffen, dürfen unmittelbar, aus den weiterhin (S. 319—323) genannten mittelbar Beweisgründe für unsere These entnommen werden, derzufolge der Judex *unus* in Rom ganz regelmässig neben den Recuperatoren vorkam, wo immer diese letzteren vom Stadtpraetor aus eigener Macht angeboten waren. Wenn die Parteien in der Provinz

und im Fremdenprocess ein beschränktes Wahlrecht hatten, so konnte der Bürgerpraetor zu Rom am allerwenigsten das nationale, von der Urzeit her übliche und legitime Gericht verweigern, wo es von streitenden Römern einhellig begehrt wurde. Nur ein anderer Ausdruck für diesen Gedanken ist es, wenn wir sagen: die recuperatorischen Formeln des stadtrömischen Albums, deren Gebrauch das Verfahren dem Amtsrecht unterwarf, waren nicht zur „Correctur" sondern blos *adiuuandi uel supplendi iuris ciuilis gratia* proponirt; die Praetoren hatten nirgends die Absicht, den Weg zum Judicium legitimum schlechthin abzuschneiden.

Zum Schluss ist noch auf Folgendes aufmerksam zu machen. Die römischen Volksgesetze konnten für Sachen, die sie besonders regelten, auch das Gericht bestimmen[57]), und sie konnten zum Spruch natürlich auch „Recuperatoren" berufen, ohne eine Abweichung von dieser Norm zu gestatten. Beispiele bietet uns das lateinische Gesetz der Bantinischen Tafel Z. 9, 10[58]) und die Lex agraria von 643 Z. 36—39. Im letzten Jahrhundert der Republik[59]) mag noch manches andere Gesetz mit ähnlichem Inhalt ergangen sein, von dem wir heute keine Kunde haben. Wie viele von diesen Leges zur Zeit der Augusteischen Processreform noch in lebendiger Geltung standen, darüber sind kaum Vermutungen erlaubt. Wenn Gai. IV. 103—109 von den gesetzlichen Recuperatoren Nichts zu berichten weiss, so

---

[57]) Vgl. oben S. 2 N. 3.

[58]) Vgl. Bruns Ztschr. f. R.G. Bd. III S. 356, 364—366, 369.

[59]) Die Nachjulische Zeit bleibt ausser Betracht. Auch das Venafr. Edict ist jünger als die L. Julia von 737; s. Bd. I S. 185 N. 23, dazu Girard Textes p. 146.

ist damit die Frage ihres Daseins keineswegs schon entschieden. Gaius hatte eben nur die Julische Gerichtsordnung zu berücksichtigen, deren wichtigstes Capitel nach dem Vorbild der Aebutia keine andere Streitbefestigung legalisirte als die mit Judexformeln. Forscht man aber weiter, weshalb das Gesetz an dieser Schranke festhielt, so muss zwischen den honorarischen und den daneben etwa vorkommenden legitimen Recuperatoren unterschieden werden. Die letzteren dürfen wir auf Grund der Bantinischen und der Tafeln von Urso hauptsächlich als Richter in Multsachen[60]) ansehen, mithin als Richter in einem hybriden Verfahren, welches mit den Formen des Privatprocesses gewisse Elemente des Strafprocesses verband. Dass Augustus die so beschaffenen Rechtshändel den Sondergesetzen überliess und seine Gerichtsordnung auf *iudicia priuata*[61]) im strengen Sinn des Wortes beschränkte, wird man wohl begreiflich finden. Sehr irrig aber wäre es, um deswillen das Multverfahren mit Recuperatoren zu den Judicia *imperio continentia* zu zählen. Allerdings sind die in kleineren Collegien und in summarischer Weise[62]) urteilenden Geschwornen eine ursprünglich honorarische Einrichtung. Allein zwischen dieser und ihrer Quelle war natürlich kein notwendiger Zusammenhang. Das Litigiren

[60]) S. auch Mommsen St.R. I S. 182 zur N. 1. Über dictirte und feste Mult vgl. P.G. Bd. I S. 106, 107.

[61]) *Quod priuatim ambigetur* sagt das Atestiner Gesetzfragment Z. 14.

[62]) Diese zwei Punkte dürften die wesentlichen Merkmale des Recuperatorengerichtes sein. Selbstverständlich konnten die Leges das zum Vorbild dienende Honorarrecht beliebig abändern. Wenn sie aber ihre Richter als „*recuperatores*“ bezeichneten, dann mussten diese doch einige Ähnlichkeit haben mit den so benannten amtsrechtlichen Geschworenen.

mit recuperatorischen Formeln konnte ebenso gut legalisirt werden wie die Streitbefestigung *sub uno iudice.* Wenn sich also die erwähnten Sondergesetze nicht etwa damit begnügten[63]), die Auswahl der Geschwornen, ihre Zahl, die Abstimmung und Ähnliches zu regeln, wenn sie Anordnungen auch über Processbegründung und Urteil trafen, dann war Judicium wie Judicat ohne Zweifel volksrechtlich gültig, beide waren *ex lege* oder legitim.

Anders müssen wir die zweite Frage beantworten, warum der Urheber der Julia das Verfahren *inter ciues* mit recuperatorischen Formeln auch in reinen Privatsachen von der Legalisirung ausschloss und als Judicium *imperio continens* fortbestehen liess? Zunächst möchte man auf die dualistische Gestaltung des bürgerlichen Privatrechts hinweisen, an der weder Augustus gerüttelt hat noch irgend ein Nachfolger in den nächsten fünf Jahrhunderten. Was sich im Gebiet des materiellen Rechtes so lang zu behaupten vermochte, hat schwerlich ein Römer im Gerichtsverfahren je für unnatürlich oder gar für schädlich erachtet. Allein so richtig diese Bemerkung ist, so befriedigt sie doch nicht völlig, weil die Kaiser vor Justinian eine Revision des gesammten Privatrechts kaum ernstlich versucht haben, während dem Processrecht schon unter Augustus eine umfassende Neuordnung zuteil ward. So hat vielleicht die Scheu vor der Beeinträchtigung des Jus honorarium den „Wiederhersteller der Republik" veranlasst, das Julische Judicium legitimum genau nach dem Muster der Aebutia und der älteren Gerichtsordnungen zu begrenzen. Doch kann auch diese Antwort gewiss nicht genügen. Viel-

[63]) Wie die stadtrömische Lex Julia; s. oben S. 198, 199.

mehr waren es wohl überwiegend Zweckmässigkeitsgründe, denen der amtsrechtliche Bürgerprocess seinen Fortbestand in der Kaiserzeit verdankte. Neben dem Verfahren, das durch Volksgesetz eingehend geregelt war, wollte man ein anderes haben, welches dem Ermessen des leitenden Beamten grösseren Spielraum gewährte und insbesondere rascher zum Ziel führte als jenes. Dass der Imperiumsprocess trotz der Vorteile, die er bot, den legitimen nicht ganz verdränge, dafür war hinreichend gesorgt; nicht etwa durch Missgriffe der das Amtsrecht gestaltenden Praetoren, sondern durch die Schranken ihrer Verordnungsgewalt, durch die Unfähigkeit, echtes *ius*[64]) zu schaffen. Wie Gai. III. 180, 181, IV. 106 lehrt, konnte die honorarische Streitbefestigung eine civile Actio weder consumiren noch ein vollgültiges Processverhältniss erzeugen, und demgemäss konnte auch das Urteil des praetorischen Gerichtes nicht die Kraft des volksrechtlichen Judicats haben. Mithin entsprachen die Wirkungen durchaus dem Thatbestand, aus dem sie hervorgingen. War das Verfahren im Vergleich zum legitimen gegen die Willkür der Gerichtsmagistrate weniger geschützt und im Allgemeinen summarischer, so waren auch Judicium und Judicat mehr oder minder provisorisch. Mit Fug kann man sagen: der amtsrechtliche Process hatte die Fehler seiner Tugenden.

Dies Alles aber ist schwerlich auf einen wohlüberlegten Plan der für die Rechtsbildung massgebenden Personen zurückzuführen. Was Augustus vorfand, das hatte sich aus gegebenen Voraussetzungen mit einer gewissen Notwendigkeit entwickelt, und es war im Wesentlichen so

---

[64]) Vgl. oben S. 125 zur N. 16 u. S. 126.

gut geraten, dass selbst ein erleuchteter Staatsmann kaum etwas Besseres schaffen konnte. Offenbar befriedigte der vom praetorischen Recht gebotene Summarprocess ein sehr fühlbares Bedürfniss, dem sonst vielleicht die Volksgesetzgebung hätte abhelfen müssen durch Regelung eines zweiten Verfahrens neben dem ordentlichen Rechtsgang. Kein Wunder also, dass die Julische Gerichtsordnung das Judicium legitimum in dieselben Grenzen bannte, die es nach der Aebutia hatte, und dass sie insbesondere das Erforderniss der Judexformel beibehielt. Dadurch aber war dem recuperatorischen Privatprocess das amtsrechtliche Gepräge gewahrt, seine Fortdauer als Judicium *imperio continens* gesichert.

§ 38. Das gebotene Spruchgericht im stadtrömischen Bürgerprocess.

Hat die vorstehende Ausführung ihr Ziel nicht verfehlt, so wäre nunmehr der Einzelgeschworne im Judicium legitimum genügend erklärt, und zugleich die Auffassung des gesetzlichen Formelprocesses als eines Verfahrens für Privatsachen jeglicher Art gegen Anfechtungen geschützt, die man allenfalls aus Gaius' Worten: *sub uno iudice* herleiten möchte. Weder die Zehn- und die Hundertmänner, noch die altcivilen Arbitri, noch die praetorischen Recuperatoren waren berufen, den Einzelrichter irgendwo auszuschliessen. Sehen wir von den Arbitri ab, so kannte das Volksrecht anfänglich überhaupt nur das Judexgericht, und auch später war nur dieses allgemein anwendbar; bei den Vindicationen concurrirten in neuerer Zeit die Collegien. Das honorarische Recht bevorzugte zwar dem Anschein

nach in manchen Fällen die Recuperatoren, indess nicht so, dass es corrigirend dem Jus civile gegenübertrat. Sollte aber diese Regel doch nicht schlechthin beobachtet sein, so sind die (bei praetorischen Actionen) etwa vorkommenden Ausnahmen gewiss niemals von grösserem Belang gewesen. Hiernach konnte die Aebutia wie die Julia das neue Verfahren als *actio generalis* an die Voraussetzung des Gebrauchs von Judexformeln binden, ohne vorher die bisherige Ordnung betreffs der Spruchgerichte abzuändern, und selbst ohne den Praetor besonders zu ermächtigen oder zu verpflichten, einen Judex in allen Privatsachen zuzulassen. Trotzdem bleibt eine Bestimmung, wie sie eben angedeutet wurde, im Text beider Leges sehr wohl denkbar. Einer Wiederholung Dessen, was schon früher Rechtens war, stand ja natürlich Nichts im Weg. Es ist sogar wenig wahrscheinlich, dass dem Capitel, welches die Streitbefestigung *sub uno iudice* legalisirte, kein anderes voraufging, welches vom *dare iudicem* handelte[1]). Eine zuverlässige Behauptung lässt sich freilich, zumal für das ältere Gesetz, kaum aufstellen. Übrigens ist dieser Punkt auch von geringerer Bedeutung; weit wichtiger die Frage, wie beschaffen der Rechtssatz war, der die *iudicis datio* im bürgerlichen Formularverfahren beherrschte, mochte er nun in der Aebutia und Julia wiederholt sein, oder, auf älteren Ordnungen beruhend, seine Geltung ohne besondere Bestätigung auch im neueren Process bewahrt haben. Flüchtig berührt ist unser Problem schon oben im § 22 und 32. An dieser Stelle soll nun entschieden werden, was dort in Schwebe blieb: ob eine

[1]) Vgl. hierüber oben S. 213, 214.

Ermächtigung oder eine gesetzliche Verpflichtung der Praetoren anzunehmen sei, streitenden Römern ein Schwurgericht zu gewähren?

In der deutschen Litteratur tritt in neuester Zeit mehr und mehr die Neigung hervor, die freie Wahl des Beamten zwischen eigener Cognition und Ernennung eines Spruchgerichts mit Bestimmtheit zu verneinen. Die älteren Gelehrten[2]) suchen, wenn ich recht vermute, einen klaren Ausspruch thunlichst zu vermeiden. Anders schon Bethmann-Hollweg[3]), der in den meisten Streitsachen die Judication des Magistrats teils durch „Edict" teils durch „Gesetze" für ausgeschlossen erklärt. Noch weiter in der Annahme einer Legalverpflichtung scheint die heute vorwiegende Lehre[4]) zu gehen, welche u. A. von Mommsen, O. Bülow, Karlowa („nach republicanischem Staatsrecht"), R. Sohm, und neuerdings (seit 1884) auch von Pernice vertreten wird, der in einer früheren Schrift[5]) (1864) das Gegenteil verteidigt hatte. Geleugnet ist die Gebundenheit des Praetors besonders von Savigny[6]) und mit einigen Vorbehalten auch von Rudorff[7]).

---

[2]) Vgl. Zimmern Civpr. § 88, Puchta Instit. Bd. I § 150 u. 176, Keller Civpr. § 1 u. 81 z. N. 981.

[3]) Civpr. Bd. I. S. 54—56, 62, 65, 66 (dazu Demelius Krit. Vtljschr. Bd. VIII S. 494—497), S. 202—204, Bd. II S. 93, 722, 767, 782, Bd. III S. 116 (dazu Pernice Ztschr. f. R.G.R.A. Bd. XX¹ S. 105: „herrschende Meinung").

[4]) S. Mommsen St.R. I S. 172, 177, 228, 234, O. Bülow Ende des Actenversendungsrechts S. 34, 36 N. 26, Pernice Ztschr. f. R.G. R.A. Bd. XVIII S. 38, 122 u. Festg. f. Beseler S. 56, 72, Karlowa R.R.G. Bd. I S. 193, Sohm Inst. S. 145 (4. A.), auch Wieding Libellprocess S. 116, Hartmann-Ubbelohde Ordo I S. 424, 521, Ubbelohde bei Glück Ser. d. B. 43, 44 II S. 552.

[5]) Obseruatiunculae p. 5, 6, 9, 15.

[6]) System Bd. VI S. 286, 287.

[7]) R. Rechtsgesch. Bd. II S. 3, 4.

Sowohl die Schriftsteller dieser wie jener Gruppe versäumen es, die bürgerliche und internationale, die städtische und ausserstädtische Rechtspflege, und überdies die beiden Richterarten auseinander zu halten. Doch darf man bei Mommsen [8]) und Karlowa [9]) vielleicht blos an Bürgerprocesse denken. Ausdrücklich hat m. W. nur Pernice die in Rede stehende Verpflichtung der Praetoren auf das Gaianische Judicium legitimum bezogen und wohl auch beschränkt. Die Unterscheidung zwischen Judex und Recuperatoren lehnt er freilich ab: denn „der Absicht des Gesetzes“ sei auch durch Richter der letzteren Art „genügt“. Ähnlich stellt Mommsen regelmässig „den und die Geschwornen“ neben einander. Über die Jurisdiction *militiae* bemerkt er im St. R. I S. 234 Folgendes: „Der formale Ausschluss der mit der des Mandatars concurrirenden Thätigkeit des Mandanten beherrscht den gesammten Bereich der streitigen Gerichtsbarkeit, und ist also auch für das auswärtige Herrschaftsgebiet insoweit massgebend, als hier Geschwornengerichte niederzusetzen sind.“ Mommsen sieht also das Schwurgericht grundsätzlich auch im Kriegsgebiet für obligat an, vielleicht aber („insoweit“) *militiae* für einen kleineren Kreis von Sachen als in Rom.

Die Quellengrundlage der hier vorgeführten Ansichten ist nicht leicht festzustellen. Man scheint das Bewusstsein zu haben, dass aus den Äusserungen der Alten ein reines Ergebniss unmittelbar nicht zu gewinnen sei. So verschmäht zwar Mommsen (St. R. I S. 228) nicht jedes Citat, doch

---

[8]) Vgl. P. G. Bd. I. S. 22—24.

[9]) Vgl. K. Legisactionen S. 345 N. 1.

nennt er blos Cic. de re p. V c. 2 § 3 und Dionys IV c. 25, 36, X c. 1, die gewiss an und für sich wenig beweisen. Wenn die Justinianische Compilation unberücksichtigt bleibt, so hat das freilich seinen guten Grund. Wäre sie überhaupt massgebend, so könnte aus ihr weit eher auf das facultative, als auf das obligate Schwurgericht geschlossen werden. Hebt doch Ulpian (D. 2, 1, 3) in der *iurisdictio* die *iudicis dandi licentia* und das *dare posse* (D. 2, 1, 1) hervor, und ebenso Paulus (D. 5, 1, 12 § 1, 2) die Erlaubniss *(concessum est)* und das *iudicis dandi ius*. Allein der Verpflichtung entsprach ja offenbar ein Recht, und die Compilatoren durften nur Äusserungen aufnehmen, die das letztere betonten, weil für die Justinianischen Beamten in keinem Fall ein Zwang bestehen sollte, „Unterrichter" zu geben[10]). In der That ist kaum éine Stelle der Pandekten und des Codex geeignet, als sicherer Beleg für das Gebenmüssen zu dienen, weder Ulp.[11]) D. 1, 14, 4 — 1, 18, 5 — 26, 5, 4, noch Jul.-Callistr.[12]) D. 1, 18, 8 u. 9, noch Diocl.[13]) C. 3, 3, 2, pr. Auch die Constitution von Alexander im C. 7, 45, 4

[10]) Vgl. Bethmann-Hollweg Civilpr. Bd. III § 140.

[11]) Das Richtige hat Rudorff R.R.G. Bd. II § 1 N. 5 a. E.; vgl. im Übrigen Pernice Ztschr. f. R.G.R.A. Bd. XX[1] S. 108, 109, und dagegen Ubbelohde bei Glück Ser. d. B. 43, 44 II S. 545—554.

[12]) Genau entgegengesetzt werden diese Fr. von Pernice Obseruat. p. 6 und Wieding a. a. O. S. 116 aufgefasst. Gegen die neuere Auslegung von Pernice in d. Festg. f. Beseler S. 72 hat sich Ubbelohde bei Hartmann Ordo I S. 521 N. 7, S. 524 N. 19 erklärt: Mit dem Dasein eines Kaiserrescripts, das bald diesen bald jenen Inhalt haben konnte, sei der gewöhnliche Formelprocess wohl verträglich. Diese Bemerkung scheint mir zutreffend. Doch haben wir freilich noch sehr ungenügende Kenntniss vom sog. Rescriptsprocess.

[13]) S. Pernice Ztschr. f. R.G.R.A. Bd. XX[1] S. 105.

braucht nicht notwendig in diesem[14]) Sinn verstanden zu werden.

Aus Ciceros Werken benutzt Bethmann-Hollweg einen Brief ad Quint. fr. (I ep. 2 c. 3 § 10), der blos darthut, wie ungewöhnlich die Urteilsfällung der Praetoren war. Gar keine Aufklärung bringt der Satz über den *iuris disceptator* in Ciceros Verfassung (de leg. III c. 3 § 8); zum Mindesten ist er zweideutig. Dagegen hat die oben erwähnte Stelle aus der „Republik" allerdings einigen Wert. Sie spricht der Epoche der Könige den Privatrichter ab, augenscheinlich im Gegensatz zur späteren Zeit:

Nec uero quisquam priuatus erat disceptator aut arbiter litis, sed omnia conficiebantur iudiciis regiis[15]).

Hält man diese Worte zusammen mit der Erzählung bei Dionys, wo die Einführung der Geschworenen (durch Servius) als Minderung der Königsgewalt erscheint, und mit den Nachrichten über die Provocationsgesetze nach dem Sturz der Monarchie[16]), so ist der Boden gefunden für die Aufstellungen von Mommsen. Dieser[17]) betrachtet die Geschwornen als notwendige Gehülfen der Consuln, ungefähr wie die Quaestoren. Die Oberbeamten, später also die Praetoren, werden durch die Privatrichter nicht blos unter-

---

[14]) Vgl. Dernburg Emtio bonorum S. 159 N. 2, Bethmann-Hollweg Civpr. Bd. II S. 722. Sind diese Schriftsteller im Recht, dann sollte c. 4 nicht im Just. C. stehen. Indess kann wohl schon Alex. an einen Verstoss gegen den *solitus ordo* der rein magistratischen Cognition (*iudiciorum*, s. oben § 21) gedacht haben.

[15]) Vgl. auch Pompon. Dig. 1, 2, 2, 1.

[16]) S. oben S. 149, 150 N. 21—23, dazu S. 120, 122.

[17]) Ähnlich schon vor Mommsen Rubino Untersuchungen I S. 122 N. 1, Dernburg Heid. krit. Ztschr. Bd. I S. 459 u. A. bei Hartmann Ordo I S. 208, 209 in d. Noten, dessen Gegenausführung (S. 203—222) nicht überzeugend ist.

stützt, sondern auch beschränkt, da die Entscheidung der Processe den letzteren mit Ausschluss ihrer Auftraggeber zukommt.

Auf Gaius, und zwar auf den uns wohlbekannten Abschnitt der Institutionen, stützt Pernice seine neuere, in die Parerga II aufgenommene Lehre. Nun ist aber oben im § 22 und ausführlicher in den §§ 36, 37 der Nachweis versucht, dass die Worte *sub uno iudice* genau so wie die *ciues Romani* und die *urbs Roma* nur ein Stück des Thatbestands bezeichnen, den die Gerichtsordnungen bei der Legalisirung der Streitbefestigung voraussetzten. Zudem ist nach der hier vertretenen Ansicht das Gaianische *legitimum ius* (IV. 103) das Recht der Aebutia und Julia. Diesen Gesetzen aber darf man ein unbedingtes Gebot, den Parteien Einzelrichter zu geben, keinenfalls zuschreiben (S. 72—74, 210—214). Dessen ungeachtet ist, wie sich zeigen wird, die Hinweisung auf die Institutionenstelle durchaus nicht unnütz. Nur Das, was sie zunächst enthält, hat mit der Frage, die uns jetzt beschäftigt, Nichts zu thun. Dagegen scheinen in anderen Äusserungen von Gaius wirklich Anspielungen auf die Gebundenheit der Magistrate vorzuliegen. Vor Allem in dem verstümmelten § 15 (IV):

ad iudicem accipiendum uenirent; postea uero reuersis dabatur. ut autem ⟨die⟩ XXX iudex daretur, per legem Pinariam factum est; ante eam autem legem (stat)im dabatur iudex.

Hiernach möchte man ein Gebot des Pinarischen Gesetzes annehmen, das ungefähr so gelautet hätte: . . . *die XXX iudicem dato.* Möglicher Weise war diese Bestimmung von dem Postuliren der Parteien abhängig gemacht.

Wenigstens ist es nach Pseudo-Asconius[18]) p. 164 (Or.): . . . *poscebant iudicem, qui dabatur post trigesimum diem* wahrscheinlich, dass in dem unleserlichen Teil des § 15 vom Parteienantrag die Rede war. Vollen Beweis erbringt freilich Gaius' Bemerkung über die Pinaria nicht, weil nur darauf Nachdruck gelegt ist, die Herkunft der dreissigtägigen Frist zu erklären[19]). Aus diesem Grund ist das Soll in dem mitgeteilten Text nicht unzweideutig.

Weiter gehört hieher Gai. IV. 12, 20 und Prob. 4 nr. 8. Ein *modus agendi*, der seinen Namen von der *iudicis postulatio* hat, setzt wohl eine Verpflichtung[20]) des Magistrats zum *iudicem dare* voraus. Ähnlich steht es nach Gai. IV. 18 mit der L. A. *per condictionem*[21]). Nach meinem Ermessen durfte der Beamte die Ernennung des Geschwornen nicht mehr verweigern, wenn er diese Processart zugelassen hatte. Dazu führt die Erwägung, dass in alter Zeit jede Streitbefestigung auf einer Vereinbarung beruhte, die unter Zustimmung des Magistrats zwischen den Parteien zu Stande kam über die demnächst von ihnen und allenfalls auch vom Gerichtsherrn feierlich zu sprechenden Worte[22]). War aber die L. A. *per con-*

---

[18]) Vgl. Bd. I S. 134 N. 6, dazu Mommsen in Bekkers Jahrb. Bd. III S. 2 N. 3a, Kipp L. D. S. 76.

[19]) S. Bechmann Bayer. Sitzungsber. v. 1890 Bd. II S. 171.

[20]) So nach Bethmann-Hollweg Karlowa Legisactionen S. 57, Ad. Schmidt Ztschr. f. R.G.R.A. Bd. XV S. 155, 156, 159 u. (über die L. Pinaria) S. 160.

[21]) Dass die *condictio* in Jure erfolgte, ist m. E. unbestreitbar; s. die Litteratur bei Kipp L.D. S. 147 N. 1. Schon Gai. IV. 29 (Wach bei Keller N. 242) beseitigt die Gegenansicht. Auch ist die Person, welche die Ladung ausspricht, noch lange nicht *actor* (so Gai. IV. 18); vgl. meine L.C. S. 40.

[22]) Vgl. Wlassak L.C. S. 84, 85.

dictionem gewählt, so denuncirte der Kläger dem Gegner: *ut ad iudicem capiendum die XXX adesset.* Nun versteht es sich doch von selbst, dass der Beamte im zweiten Termin gewähren musste, was er früher durch Bewilligung der mit der Condictio verbundenen Litiscontestatio versprochen hatte. Damit ist keineswegs seine Befugniss geleugnet, die Mitwirkung zur Legisactio von vornherein zu versagen [23]). Vielmehr konnte der Magistrat, mit Recht oder Unrecht, den Processweg überhaupt abschneiden oder wenigstens den erbetenen, vielleicht einmütig vorgeschlagenen *modus agendi* für unpassend erklären [24]). War es doch gewiss seine Sache, zu entscheiden, ob alle Voraussetzungen für den Abschluss eines Processvertrags vorlagen. Missbrauchte er hiebei sein Recht der Denegation, so musste er wohl eine Anklage (wegen Justizverweigerung) fürchten, nicht anders wie im Fall parteiischer Rechtspflege. Mithin hatte die gesetzliche Verpflichtung, einen Judex zu geben, nur den Sinn, die magistratische Cognition auszuschliessen, wo die Sache vom Beamten selbst als geeignet anerkannt war zur Verhandlung in der Gestalt einer Legisactio und später des Judicium legitimum mit legitimer Formel.

Endlich ist der notwendige Eintritt eines besonderen Spruchgerichts zwar nicht allgemein, doch für einzelne Fälle ganz ausdrücklich durch mehrere Legaltexte bezeugt. Davon beziehen sich einige auf stadtrömische Processe vor

---

23) S. Bd. I S. 124 N. 33; dazu Demelius Krit. Vtljschr. Bd. VIII S. 501—503, Wlassak L.C. S. 83, 84. Die Auffassung des Magistrats als Maschine, die nach dem Wunsch der Parteien assistiren, mitunter auch sprechen musste, halte ich für unmöglich.

24) S. Bd. I S. 104—106, 124, 125, 156, 234, Wlassak L.C. S. 67, 68.

Reichsmagistraten, andere auf das Municipalverfahren. Natürlich kommt für unsere Zwecke den ersteren grösseres Gewicht zu als den letzteren. Das älteste hier einschlagende Zeugniss ist das Zwölftafelgesetz XII. 3: *Si uindiciam falsam tulit, si uelit is, ⟨prae⟩tor*[25]) *arbitros tres dato, ...* Dieser Imperativ muss für beweiskräftig gelten, mag auch die Lex weder vom Hauptverfahren handeln, noch vom Einzelrichter. Auf die anderen Legalstellen soll nur kurz verwiesen werden. Sie enthalten alle ein Gebot *(dato, datio addictio esto): iudicium iudicem,* zuweilen auch *recuperatores* zu geben. Besondere Beachtung verdient die L. Julia municipalis, die sich in den Z. 44, 45 an stadtrömische Beamte wendet. Ausserdem sind noch folgende Gesetze anzuführen:

L. lat. Bant. Z. 9, 10, L. agrar. a. 643 Z. 34, 35, 37, L. Jul. agr. c. [5]5, L. Rubr. I Z. 15—17, II Z. 57, 58; dazu L. Ant. de Term. II Z. 4, 5 und L. Malac. c. 65.

Zuletzt darf auch die Rupilische Gerichtsordnung für Sicilien genannt werden, obwohl sie weder ein römisches Volksgesetz war, noch als *decretum P. Rupili, quod is de decem legatorum sententia statuit,* die Statthalter gleich einer Lex rechtlich zu binden vermochte[26]). Nach Cicero (in Verr. II c. 13 § 32) enthielt die Provincialordnung die Bestimmung: *quod Siculus cum Siculo non eiusdem ciuitatis (agat), ut de eo praetor iudices . . . sortiatur.*

Nach allem dem sprechen, wie es scheint, überwiegende Gründe für die Annahme einer grundsätzlichen Gebundenheit der republicanischen Magistrate. Wann das

---

[25]) S. oben § 36 S. 293 N. 23.

[26]) S. oben S. 106, 107, 128 N. 4. S. 137, 138 u. N. 26, 27.

besondere Spruchgericht zuerst obligat wurde, ob durch ungesatztes Herkommen[27]) oder sofort durch eine Legalnorm, das bleibt besser unentschieden. Doch weist Cicero auf eine sehr frühe Zeit hin, Gaius jedenfalls auf die Voraebutische Epoche und auf gesetzliche Bindung. Von den Leges, die den Spruchformelprocess betrafen, dürften die nach Silius und Calpurnius benannten, vielleicht auch die Pinaria das schon bestehende Gebot der Judexernennung erneuert haben. Denkt man ferner an den Satz der Zwölftafeln über die *tres arbitri*, so liegt es nahe, den Decemvirn ähnlich lautende Vorschriften auch über den Einzelrichter zuzuschreiben. Aus den vorgeführten Nachrichten aber und aus den obigen Erörterungen (§ 23—31) über die Tragweite der Leges ergiebt sich eine nähere Bestimmung der den Beamten auferlegten Verpflichtung. Nur streitenden Bürgern gegenüber war der Magistrat gesetzlich gebunden. Das internationale Verfahren unterlag durchaus der Regelung durch das Imperium, selbst wenn ein Römer beteiligt war. Demnach bestand im Fremdenprocess niemals ein gesetzlicher Anspruch auf Gewährung eines Geschwornengerichts; ein völkerrechtlicher aber blos für Foederirte, nicht für Unterthanen, und auch für die ersteren nur unter der Voraussetzung, dass der Bündnissvertrag die Rechtshülfe ordnete und die Entscheidung der Processe durch die römischen Beamten irgendwie ausschloss. Indess war natürlich eine Be-

[27]) Nach Paul. D. 5, 1, 12, 1 wäre dem *praefectus urbi* und *ceteris Romae magistratibus* das Recht der *iudicis datio more* verliehen *propter uim imperii.* Doch versteht der Jurist vermutlich unter der *lex,* die er im vorhergehenden Satz neben der *constitutio* u. dem *S. C.* nennt nur die neueren, ihm bekannten Gesetze. „*Mos*" ist wohl die alte republicanische Rechtsordnung.

schränkung des freien Imperiums durch den Magistrat selbst wohl denkbar. Wenn dieser auf seiner Tafel *iudicium*, d. h. ein Spruchgericht und eine Formel verhiess, so hatte dieses Wort zwar nicht die Bedeutung einer unzerbrechlichen Fessel, — am wenigsten den Fremden gegenüber — doch war es auch nicht wertlos; denn das *ius dicere contra edictum* konnte den Vorwurf pflichtwidriger Amtsführung begründen.

Passend folgt nun sofort die andere Frage, ob der Praetor nach gesetzlicher Vorschrift auch in solchen Fällen einen Richter geben musste, wo streitende Bürger eine amtsrechtliche Formel erbaten. Für das Legisactionenverfahren haben wir die Gebundenheit des Magistrats angenommen, ohne weiter zu unterscheiden. Allein die Legisactio war eben nicht blos legitimer Process, sie verlangte auch die Verwendung legitimer Processmittel. Anders das gesetzliche Verfahren *per concepta uerba.* Darin konnte die Actio entweder volks- oder amtsrechtlich sein. Im letzteren Fall beruhte Gericht und Schriftformel häufig auf einem edictalen *iudicium dabo,* wenn nicht etwa Beides ohne vorherige Ankündigung vom Praetor „aus freier Hand" gegeben ward. Mithin bezog sich anscheinend die gesetzliche Verpflichtung des Magistrats, einen Judex zu bewilligen, auf einen engeren Kreis von Sachen als der gesetzliche Process selbst. Wo zwei Bürger mit amtsrechtlicher Formel litigiren wollten, da durften sie zwar ein Judicium legitimum begehren; wenn es aber der Praetor verweigerte, so machte er sich keiner Gesetzverletzung schuldig; nur gegen sein eigenes Justizprogramm hätte er meist verstossen. Freilich könnte man auf den Gedanken kommen, der Lex Aebutia-Julia oder wenigstens dem

jüngeren Gesetz eine Vorschrift beizulegen, die den Magistrat dazu anhielt, auf Verlangen der Parteien überall einen Judex zu gewähren, wo das Jahresalbum *iudicium* verhiess. Eine Bestimmung dieser Art hätte den Bürgern den legitimen Process auch bei Verwendung der ständigen Formeln des Honorarrechts gewährleistet. Indess hat vermutlich die Praxis der Praetoren niemals Anlass gegeben zu einer besonderen Vorsorge in der gedachten Richtung. Vielmehr erhielten wohl die Parteien auf einmütiges Ansuchen überall einen Judex, auch ohne gesetzlichen Zwang, selbst für solche Sachen, wo das Album in erster Linie recuperatorische Formeln anbot.

Ein Judicium legitimum und in älterer Zeit eine Streitbefestigung mit Legisactio war vor Magistraten des römischen Volkes nur in der Hauptstadt möglich und in der Bannmeile. Sollen wir demgemäss das in Rede stehende Legalgebot auf die Beamten beschränken, die in Rom *inter ciues* Recht sprachen und insofern sie dies thaten, oder aber dem gesetzlichen Imperativ auch jenseits des ersten Meilensteins Geltung zuerkennen? Mommsen nimmt nach seiner oben (S. 331) mitgeteilten Äusserung obligate Schwurgerichte auch im Kriegsgebiet an. Denkt er hiebei an gesetzliche Befehle und nicht blos an das *iudicium dabo* und an proponirte Civilformeln (mit *iudex esto*) im Album der Statthalter, so kann man ihm schwerlich zustimmen, obgleich das Stillschweigen der Quellen sehr zur Vorsicht mahnt. Ausschlaggebend aber dürfte folgende Erwägung sein. Seit Alters regelte die Volksgesetzgebung blos das *litem contrahere* in Rom, mit dem in Voraebutischer Zeit bald die Richterbestellung selbst, bald eine Hinweisung auf

diesen Act verbunden war, während später im Formelverfahren die Annahme des Judex *datus* Seitens der Parteien immer als Bestandteil der Streitbefestigung erschien [28]). Wenn also die Leges durchaus nur die Litiscontestatio in Rom ordneten, wenn sie selbst den Process vor den ständigen Statthaltergerichten dem Amtsrecht überliessen, so ist es in hohem Grad unwahrscheinlich, dass durch irgend welches Volksgesetz für alle Reichsbeamten, wo immer sie Gericht halten mochten, der Ausschluss von der Urteilsfällung und die notwendige Zuziehung eines Geschwornen festgestellt war. Andrerseits ist es ohne Weiteres verständlich, weshalb die Processgesetze dem Magistrat innerhalb des Gebiets, welches sie beherrschen wollten, die Ernennung eines Spruchgerichtes zur Pflicht machten. Offenbar musste das Zustandekommen der legitimen *actio*, an deren Stelle dann das legitime *iudicium* trat, thunlichst gegen die Willkür der Beamten gesichert werden. Hiezu diente gerade der, vermutlich mehrmals wiederholte Legalbefehl.

Aus dem Vorstehenden ist auch zu entnehmen, wie der Inhalt des gedachten Imperativs genauer zu bestimmen sei. Ursprünglich kann er nicht anders gelautet haben als *iudicem dato*, so lang dieses Gericht für Streitsachen unter Bürgern überhaupt das einzige war. Möglich, dass schon das erste Gesetz, welches das Gebot aussprach, die Postulation Seitens der Parteien als Bedingung hinzufügte. Allerdings hätte dieser Zusatz zunächst etwas Selbstverständliches ausgedrückt, weil die Parteien in aller Regel gar nichts Anderes erbitten konnten als einen Einzelrichter.

---

[28]) S. oben S. 197 N. 18, S. 202 zur N. 32, 33.

Später, als für Vindicationen die concurrirenden Richtercollegien aufkamen, musste die Postulation grössere Bedeutung gewinnen, und neuere Gesetze konnten seitdem das *iudicem dato* absichtlich vom Parteienantrag abhängig machen, um hiedurch die Verpflichtung des Beamten als eine blos bedingte hinzustellen. In ähnlicher Weise war wohl auch die Zulassung der Hundert- und der Zehnmänner zur Judication gesetzlich angeordnet, doch so, dass dem Praetor die entscheidende Stimme bei der Wahl zwischen dem Einzelrichter und den Collegien gewahrt blieb[29]. Sehen wir aber ab von den Vindicationen, so hat das Legalgebot auch nach Einführung der Schriftformel seinen Inhalt gar nicht geändert. Wie vorher so lautet es noch unter der Herrschaft der Aebutia-Julia, in deren Text es vielleicht in bedingter[30]) Fassung wiederkehrte, *iudicem dato*, keineswegs *iudicem recuperatoresue dato.* Diese Behauptung beruht wiederum auf Gai. IV. 104—109. Legitim war wie nach älterem so nach neuerem Recht nur die Streitbefestigung *sub uno iudice.* Litigirten die Parteien mit recuperatorischer Formel, so brachten sie kein volksrechtlich gültiges Processverhältniss zu Stande. Demnach wird auch keines der beiden Reformgesetze den Stadtpraetor zur Gewährung eines Recuperatorengerichtes verpflichtet haben, weder schlechthin (für besondere Fälle) noch alternativ.

Hinsichtlich der Aebutia dürfte diese Aufstellung kaum bestritten werden; eher könnte man in dem jüngeren Gesetz eine Vorschrift suchen, wie wir sie hier im Auge haben,

---

[29]) Vgl. R.P.G. Bd. I S. 125, 233—235.
[30]) S. oben S. 73, 74, 213, 214.

weil das Venafraner Edict Z. 67—69, allem Anschein nach, ein Capitel der stadtrömischen L. Julia anführt über *reciperatorum reiectio inter eum qui aget et eum quocum agetur*[31]). Diese zufällig überlieferte Norm betrifft freilich, wie der Wortlaut zeigt, nur Handlungen des künftigen Klägers und Beklagten. Doch liegt es sehr nahe, in der Augusteischen Gerichtsordnung auch eine Bestimmung über die vorbereitende Thätigkeit des Magistrats, über *sortitio*[32]) und Ähnliches zu vermuten. Stillschweigend hätte so die Lex das von den Beamten längst geübte Recht anerkannt, statt des Judex Recuperatoren zu bewilligen. Dagegen sind wir durch Nichts gezwungen, einen Befehl des Julischen Gesetzes anzunehmen. Und nicht minder verfehlt wäre es, die förmliche *datio iudicii* selbst legalisirt, d. h. mit volksrechtlicher Geltung ausgestattet zu denken. Hatte doch der Amtsact, durch den der Praetor die fertige Formel — mit dem darin genannten Gericht — zur Streitbefestigung zuliess, für sich allein überhaupt keine Wirkung. Erst die der *datio* nachfolgende und durch sie bedingte Litiscontestatio, erst Amts- und Parteienhandlung zusammen, begründeten das *iudicium*, das Gericht[33]) sowohl wie den Process. Damit stimmt denn auch die von Gaius gegebene Schilderung des nachjulischen Rechtes überein. Aufs Deutlichste bezeugen die Institutionen (IV. 105, 106, 109) den Mangel der Legitimitaet, indem sie alle recuperatorischen Judicia zu denjenigen stellen, *quae imperio continentur*, und als Eigentümlichkeit der lezteren

---

31) Vgl. dazu oben § 32 S. 198, 199.

32) Schwer bestimmbar sind die *sortitiones iudicum* bei Suet. Augustus c. 29.

33) Vgl. oben S. 197 N. 18 u. S. 341 N. 28.

den Satz hervorheben: *tamdiu ualent, quamdiu is qui ea praecepit, imperium habebit.* Hiernach haben die Juristen der Kaiserzeit die Recuperatoren gewiss niemals als gesetzliche Richter aufgefasst; mithin kann ihr Charakter durch die Lex Julia nicht verändert sein.

Von der Lehre, die Pernice in den Parerga (II S. 122) andeutet, weicht die hier vertretene Ansicht noch in zwei Punkten ab. Nach unserer Annahme konnte der Magistrat nicht im Sinne des Gesetzes statt des éinen Judex mehrere Recuperatoren geben; dagegen war seine Verpflichtung vermutlich auf das Verfahren mit Civilformeln beschränkt. Sonst entsprachen Umfang und Inhalt des Legalgebots genau der Begrenzung des Judicium legitimum. Daher verlangte das Gesetz vom Praetor die Zulassung eines aus der Bürgerschaft gewählten Einzelrichters; andererseits galt diese Norm nur für den Bürgerstreit und nur für das Verfahren in Rom.

Auf den ersten Blick scheint das Ergebniss, zu dem wir gelangen, wohl geeignet, die bekannte Behauptung von Pernice[34]) zu stützen, dass die Schwurgerichte in den Provinzen niemals „feste Wurzeln" hatten und hier auch weit früher durch die Beamtencognition verdrängt wurden als in Italien. Die Statthalter, könnte man sagen, verzichteten auf die Verwendung von Geschworenen, weil ihnen kein Volksgesetz das Selbsturteilen verwehrt hatte. Allein sie waren doch in anderer Weise gebunden, u. z. an ihr eigenes Album, das den Process mit Spruchrichtern mindestens als Regel voraussetzte, und dessen wesentlicher Inhalt vermutlich schon vor Hadrian unabänderlich fest-

---

[34]) In der Festgabe f. Beseler S. 74—77 (1885).

stand. Auch hätten in Rom zuerst die Recuperatoren und die Geschwornen bei praetorischen Klagen verschwinden müssen, wenn wir dem Legalrecht noch im 2., 3. Jh. n. Chr. grössere Widerstandskraft beimessen dürften als dem Amtsrecht. Freilich könnte man aus den Pandekten[35]) mit einigem Fug den Schluss ziehen, dass in der That die stadtrömischen Extraordinarcognitionen zumeist in Concurrenz mit Interdicten und anderen praetorischen Rechtsmitteln aufkamen. Doch fehlt es wenigstens bei den Interdicten nicht an sonstigen Gründen, welche die besagte Erscheinung hinlänglich erklären. Daher ist es schwerlich erlaubt, auf die Verschiedenheit der Rechtsquellen grosses Gewicht zu legen, zumal wo es sich um die Beurteilung von Vorgängen handelt, die der späteren Kaiserzeit angehören. Ohnedies bot das Gesetz, welches dem Stadtpraetor die Judication entzog, nur so lang wirksamen Schutz gegen Uebergriffe, als die Beamten fürchten mussten, Widerstand zu finden oder wegen Gesetzverletzung angeklagt zu werden. Endlich ging nach dem oben S. 336 Bemerkten die Gebundenheit der Magistrate niemals so weit, die Verweigerung des von den Parteien erbetenen Judiciums schlechthin auszuschliessen. Das Recht der Denegation aber konnte dazu missbraucht werden, den Parteien die amtliche Cognition aufzudrängen. Allerdings ist es sehr unwahrscheinlich, dass die Praetoren der spätclassischen Zeit wirklich das Bestreben hatten, die volle Judication an sich zu ziehen. Eher mochte der Anstoss

---

[35]) Belege oben S. 66, 67 in N. 15 a. E. Neben einer Actio civilis ist die *cognitio praetoria* genannt bei Pomp.-Ulp. D. 6, 1, 1, 2. Zu Ulp. D. 11, 7, 14, 2 vgl. Ubbelohde bei Hartmann Ordo I S. 424 N. 19a wider Pernice Festg. f. Beseler S. 57.

zur Übertragung des kaiserrechtlichen Verfahrens in das Gebiet der Ordinarsachen von den Parteien ausgehen. War doch der Verfall der Schwurgerichte in einer Epoche tief gesunkenen Gemeinsinns unausbleiblich, selbst ohne alles Zuthun der kaiserlichen Regierung. Dass es nach wie vor blos den Geschwornen zustand, legitime Urteile zu fällen, das hatte zur Zeit Ulpians kaum noch besonderen Wert. War aber das Vertrauen der Rechtsuchenden zu den alten Volksrichtern verringert, so lag es nahe, durch Parteienantrag dem Magistrat neben der Einleitung auch die Entscheidung der Processe anzusinnen. Besonders in Fällen, wo Eile Not that, mag Dies nicht selten geschehen sein. Sonach ist das, durch die Pandekten hie und da bezeugte Nebeneinander von amtlichen Cognitionen und Schwurgerichten auch in Rom wohl denkbar, und daraus kein ausreichender Gegengrund abzuleiten wider die Annahme eines Legalgebots, welches den Praetor verpflichtete, streitenden Bürgern eine Judexformel zu gewähren.

Siebentes Capitel.

Aufgaben und Ergebnisse.

§ 39. Schluss. — Die Lex Aebutia und das praetorische Recht. — Die processualische Consumtion.

Die Fragen, zu deren Lösung die mitgeteilten Forschungen beitragen möchten, sind nun alle beantwortet: die grundlegenden Bestimmungen der Lex Aebutia und Julia sind im Vorstehenden dargelegt. Beide Leges haben sich als Gerichts- und Processordnungen erwiesen. Vorschriften daraus, die ein anderes Gepräge zeigen, sind in den Quellen nirgends angedeutet. Trotzdem stimmt die hier vertretene Auffassung der Aebutia keineswegs überein mit der in unserer Wissenschaft herrschenden und kaum je angefochtenen Lehre. Dieser zufolge wäre die ältere Lex überhaupt keine Processordnung oder doch nicht in erster Linie; vielmehr ein Verfassungsgesetz, welches die Gewalt der Gerichtsmagistrate erweitert und so auch Vollmacht gegeben hätte zur Umgestaltung des Verfahrens. Weiter soll die Aebutia die Grundlage des gesammten praetorischen Privatrechts sein; ehe sie erlassen war,

habe es ein solches nicht gegeben, allenfalls Interdicte, sicher keine praetorischen Klagformeln. Demnach bezeichne das erste Reformgesetz einen ganz „entscheidenden Wendepunkt" in der Entwickelung des römischen Rechtes[1]).

Diese Hypothese, welche ungeprüft aus einem Buch ins andere übergeht, obwohl nirgends ein ernstlicher Beweis vorliegt, ist oben S. 1—3, 301—308 und besonders im 1. Bd. an verschiedenen Stellen bekämpft. Eine ausführliche Widerlegung an diesem Ort liegt nicht im Plane meiner Arbeit; die Frage gehört in die Theorie der Rechtsquellen und wäre dort dem Capitel über das Jus honorarium zuzuweisen. Doch wird es sich empfehlen, hier wenigstens Alles zusammenzustellen, was schon früher gesagt ist. Nur ein paar ergänzende Bemerkungen sollen noch hinzutreten.

Was zunächst die Belege anlangt, welche die verworfene Ansicht unterstützen sollen, so dürfen wir Gell. XX. 10, 9 sofort ausscheiden, weil der handschriftliche Text zweifellos unhaltbar ist, während der berichtigte weder von der Processreform noch von der praetorischen Jurisdiction handelt (I S. 26, 162). Eine andere Bewandtniss hat es mit Gell. XVI. 10, 8. Diese Stelle (I S. 59) konnte die modernen Gelehrten am ehesten dazu verleiten, einen Zusammenhang zwischen der älteren Gerichtsordnung und dem Aufkommen des Amtsrechtes anzunehmen. Durch die wenig genauen (I S. 59, 60, 155, 273) Bemerkungen des Anonymus, der nur sein Recht wahren will, vom Altertum Nichts verstehen zu müssen, schien der Einfluss der Aebutia auf die Form wie auf den Inhalt mancher Zwölftafel-

---

[1]) S. Bd. I S. 25, 26, 159, 160 und oben S. 303 N. 11 (Jörs).

klagen bezeugt. Da man nun im neueren Recht hie und da legitime Actionen, z. B. die wegen *iniuria* auf *uiginti quinque asses* und die auf Talionsstrafe, durch praetorische ersetzt fand[2]), glaubte man sich befugt, die Ermächtigung der Praetoren zu Neubildungen auf das oft genannte Gesetz zurückzuführen. Allein in Wahrheit berichtet der Jurist bei Gellius gar nicht, was man aus seiner Rede herauslesen wollte (I S. 103, 155 N. 41). Er unterscheidet l. c. zwei Gruppen von Antiquitäten. Von den zuerst erwähnten, die er namentlich aufzählt, sagt er blos: *euanuerunt*, und erst im zweiten Satzteil heisst es von „dem gesammten Formelkram der Zwölftafeln": er sei unpraktisch geworden (*consopita sit*) *lege Aebutia lata.* Diese letzten Worte ergänzt man allgemein auch bei den voranstehenden Antiquitäten, als ob der Text das besondere *euanuerint* nicht enthielte, und lässt demgemäss die Actio auf die *XXV asses*, die *taliones* und Anderes in Folge der Aebutia ausser Kraft treten. Nun ist aber diese Auslegung nicht blos willkürlich, sondern sicher verwerflich, u. z. schon deshalb, weil die Ausnahme, die der Jurist von dem *consopiri lege Aeb. l.* macht, unmöglich auch auf die Altertümer des vorhergehenden Satzes bezogen werden kann. Mag doch Jemand ermitteln, was es bedeuten soll, dass den *XXV asses*, den *taliones* und der *furtorum quaestio cum lance et licio* die Geltung vorbehalten war *in legis actionibus centumuiralium causarum!* Somit beschränkte zweifelsohne der Anonymus die Einwirkung der Aebutia auf *omnis illa XII tabularum antiquitas*, und seine Äusserungen beweisen hiernach keines-

[2]) Dass diese Erscheinung mit der Processreform Nichts zu schaffen hat, zeigt Bd. I S. 245—249.

wegs die Entstehung praetorischer Actionen in Folge einer Ermächtigung, die das Gerichtsgesetz den Beamten erteilt hätte.

Alle übrigen Zeugnisse, die weiter angeführt werden, bieten in der That nicht das Geringste, was zu Gunsten der herrschenden Ansicht spräche. Gai. IV. 11 ist oben auf S. 304, 305 erläutert, Gai. IV. 30 im zweiten Capitel (I S. 158—166). Durch Verbindung dieser letzteren Stelle mit Gell. XVI. 10 musste man zur Annahme eines honorarischen[3]) Processes gelangen, den die Lex Aebutia ins Leben gerufen und durch Beseitigung einiger Legisactionen gefördert hätte. Diese Behauptung klingt zu abenteuerlich, um glaubwürdig zu sein (I S. 161). Man erwäge nur: eine Gesetzgebung, die auf Regelung des Privatprocesses, den sie bisher beherrscht hatte, ausdrücklich verzichtet und zu diesem Behuf das alte gesetzliche Verfahren für einige Fälle aufhebt! So hätte die Lex den Bürgern die Möglichkeit entzogen, gewisse Rechtshändel zu legitimer und, was daraus folgt, zu endgültiger Erledigung zu bringen; fortan sollten sich die Parteien mit amtsrechtlicher Streitbefestigung und eben solchem Urteil begnügen!

Zuletzt ist noch eine gelegentliche Bemerkung Ciceros in Verr. I c. 44 § 114 zu prüfen, weil ihr Puntschart[4]) Beweiskraft beilegen will. Sie lautet:

---

[3]) So Huschke Gaius. Beitr. S. 112 N. 16, Rudorff, Puntschart, Brinz u. A.; s. P. G Bd. I S. 60 N. 3, 4, S. 159 u. N. 4. Puntschart leugnet „directe Aufhebung" einer L. A. durch die Aebutia; das Gesetz habe ein *tollere* iure honorario bewirkt; vgl. aber dagegen Bd. I S. 62, 162.

[4]) Grundgesetzl. Civilrecht S. 118, 120.

Posteaquam ius praetorium constitutum est, semper hoc iure usi sumus: . . .

Der Ausdruck *constitutum est* soll einen „besonderen Act der Begründung des praetorischen Rechts“ anzeigen; man müsse hinzudenken: „*scil. lege*“. Weshalb gerade diese Ergänzung notwendig sei, darüber äussert sich Puntschart nicht. Cicero aber drückt durch das Wort *constituere* keineswegs blos die gesetzliche Begründung aus. Er sagt z. B. in Verr. III c. 11 § 27 von dem Urheber des Edictes *de iud. in octuplum*: . . . *ea iura constituebas.* Indess mag man immerhin die grundlegende Lex einräumen, so geht doch l. c. die Absicht des Redners sicher nur dahin, das hohe Alter der von Verres veränderten Satzung recht nachdrücklich zu betonen. Darum ruft er, vermutlich übertreibend, aus: „seit es eine praetorische Rechtsprechung [*ius*[5]) *praetorium*] giebt, stand immer folgende Regel fest“, . . . und bald darauf: *omnes antea ius ita dixisse, et hoc uetus edictum translaticiumque esse.* Demnach hat Cicero wahrscheinlich an die Einsetzung der Praetur gedacht, welche allerdings durch ein Volksgesetz bewirkt war, durch das Licinische vom J. 387. Dennoch weicht unser Ergebniss durchaus ab von Puntscharts Ansicht. Während dieser Gelehrte das Honorarrecht für jünger hält als die Praetur, ist nach meiner Überzeugung die praetorische Jurisdiction, u. z. so, wie sie Cicero vor Augen hatte, nicht erst durch die Aebutia begründet, sondern gleichen Alters wie die Gerichtsmagistratur selbst. Ferner dürfen wir uns den Praetor keineswegs als einen Beamten vorstellen, der im Laufe

[5]) Wie hier so steht *ius praetorium* für *iurisdictio* auch in Verr. II c. 12 § 31; s. Bd. I S. 116.

der Zeit zu immer grösserer Macht gelangte. Vielmehr ist das Gegenteil richtig: mit der wachsenden Zahl der Volksgesetze wurden die Magistrate mehr und mehr beschränkt, in älterer Zeit die Consuln, dann auch die Praetoren. Selbst das Edictum perpetuum, das wohl jüngeren[6]) Ursprungs ist, bedeutet mit Nichten eine Gewalterweiterung, sondern ebenfalls eine Fesselung, nur eine, die minder drückend war als die Gebundenheit an die Lex. Wie gut die römische Überlieferung zu dem Gesagten stimmt, das wissen wir bereits aus dem Früheren[7]). Gerade die älteste Zeit, die der Könige und der vordecemviralen Consuln ist eine Epoche des allein herrschenden oder doch weit überwiegenden Amtsrechtes. Erst mit den Zwölftafeln gewinnt das Volksgesetz die Oberhand; vom 4. Jh. an werden immer mehr Sachen gesetzlich geordnet, und im selben Masse sinkt allmälich die Macht der Regierung. Wo früher das Imperium entschieden hatte, d. h. die Willkür der Magistrate, da gebietet später die mit dem Volk vereinbarte Lex. Der Gang der Entwickelung war also wesentlich anders, als man gemeinhin anzunehmen pflegt: zuerst war das Imperium dann die Lex, und die Volksbeschlüsse der republicanischen Zeit haben nicht Regierungsrechte verliehen, sondern umgekehrt der Beamtengewalt Schranken gesetzt.

Enthalten diese Andeutungen etwas Wahres, dann erscheint die übliche Auffassung der Aebutia schon an sich höchst bedenklich, auch wenn man absieht von dem Mangel jedes Belegs aus den Quellen. Wozu soll denn eine Lex

---

6) Vgl. Wlassak Edict u. Klageform § 13.

7) S. oben S. 101—103, 108, 109, 120—126, 149, 150, 166, 182.

erlassen sein, die dem Praetor freies Verordnungsrecht erteilte oder doch das neue Recht, Klagformeln *in factum* zu geben? Das seiner Natur nach unbegrenzte Imperium konnte ja gar nicht gesteigert werden, und überflüssige Gesetze, die den Rechtszustand in keiner Weise änderten, sind in den Volksversammlungen kaum beschlossen worden. Damit ist übrigens die Erlassung von ermächtigenden Leges durchaus nicht geleugnet. Möglich war es allerdings einem Beamten mit Imperium Vollmachten zu geben und hiedurch eine Neuerung einzuführen; allein nur in folgenden zwei Fällen. Entweder wurden dem Magistrat Pflichten abgenommen, die ihm ein älteres Gesetz auferlegt hatte, oder die Lex verband mit der Einräumung von Befugnissen die Legalisirung der entsprechenden Amtsacte. Wo dies Letztere geschah, da trat eine Änderung ein in den Wirkungen der auch früher zulässigen Amtshandlung. Ward sie jetzt *ex lege* vorgenommen, so schuf sie volksrechtlich gültige Verhältnisse, während sie vorher nur provisorische Wirkung erzeugt hatte. Nun kann aber die herrschende Auffassung der Aebutia weder in der einen noch in der anderen Weise verteidigt werden. Die Pflicht der Consuln und des Praetors für gewisse Ansprüche Legisactio zuzulassen, schloss natürlich die Gewährung gerichtlicher Hülfe in anderen (gesetzlosen) Sachen nicht aus. Und eben so wenig liegt hier ein Fall der zweiten Art vor. Das vermeintliche Verfassungsgesetz soll ja die Praetoren ermächtigt haben, Amtsrecht zu schaffen. Mithin dürften auch die Anhänger der bekämpften Lehre keine Legalisirung der magistratischen Verordnungen annehmen, und die Aebutia würde sich hiernach als ein völlig inhaltsloses Gesetz erweisen.

Wenn ich schliesslich versuche, die Folgen der Process-

reform von dem Standpunkt aus zu beleuchten, der in diesem Buch vertreten ist, so bedarf es hiezu nur weniger Worte. Die Aebutia war kein Verfassungsgesetz, sondern eine Gerichts- und Processordnung. Das Judicium legitimum in den uns bekannten Grenzen ist eine Schöpfung dieses älteren Gesetzes[8]), nicht erst der Julia, welcher Gai. IV. 103, 104 deutlich blos die Processverjährung als Neuerung zuschreibt. Daraus aber folgt unmittelbar die Zulässigkeit des Legalverfahrens mit praetorischen Actionen schon in der Zeit des Freistaats; und von hier aus gelangen wir sofort zu einer befriedigenden Erklärung der aus Gai. IV. 11 zu erschliessenden „Veränderlichkeit" der Schriftformel. Unser Gewährsmann sagt nämlich von den solennen Sprüchen: man habe sie für *inmutabiles* erachtet *proinde atque leges*, und Ulpian (Vat. 318) scheint ein *non ualere* der Legisactio zu behaupten, *si quid fuisset adiectum uel detractum*. Ganz anders verhielt es sich offenbar mit den Streiturkunden des praetorischen und Aebutischen Judiciums. Sollte freilich das Processmittel volksrechtlich (civil) bleiben, so war auch nach der Lex Aebutia keine wesentliche[9]) Umgestaltung des hergebrachten Wortlauts statthaft. Allein der Praetor konnte jetzt Zusätze und Auslassungen bewilligen, ohne hiedurch die Legitimitaet des Processes zu gefährden; und nur darauf, nur auf die Gesetzlichkeit des Processvertrags und des Urteils konnten die Parteien verständiger Weise Gewicht legen, während es für sie Nichts ausmachte, ob die durch Litis-

---

[8]) S. oben S. 219, 220, 222, 307 und N. 22.

[9]) Vgl. Jhering Geist II² S. 482, 483, 648, 649 (3. A.), Wlassak L.C. S. 85.

contestatio zerstörte Actio dem Civilrecht oder dem praetorischen zugehörte.

Was dieser letzte Satz hervorhebt: die Verwandlung des honorarischen Klaganspruchs in eine civile Process- und Judicatsobligation, eine Wirkung die überall eintrat, wo der Streit nach Aebutisch-Julischer Ordnung befestigt wurde, das haben unsere Schriftsteller seltsamer Weise ganz übersehen. Durch die Abkehr vom Novationsgedanken und das Ableugnen des römischen Processvertrags[10]) ist den Neueren das Verständniss der klassischen Consumtion mehr- und mehr abhanden gekommen. In der vorliegenden Arbeit dürften die Grundlagen bezeichnet sein, auf denen der Aufbau der seit Keller viel verhandelten Lehre leicht und sicher gelingen wird. Nur das Wichtigste darf ich vielleicht noch erwähnen.

Vernichtet wird die Actio nach römischer Anschauung blos durch legitime Contestation, nicht[11]) durch Begründung eines Judicium *imperio continens* oder gar amtsrechtliches Urteil. Wie die aussergerichtliche, zu Verkehrszwecken dienende Novation, so verlangt auch die gerichtliche unbedingt einen volksrechtlich gültigen Vertrag. Beruht die Streitbefestigung auf Honorarrecht, so fehlt ihr natürlich die Kraft, einen Civilanspruch aufzuheben (Bd. I S. 62); doch kann sie auch den praetorischen[12]) nicht beseitigen, weil die Nachfolger des jetzigen

[10]) Vgl. meine Litiscontestatio S. 59—69, S. 57 N. 1.

[11]) So erklärt sich der oben S. 220 N. 2 mitgeteilte Ausspruch Ciceros.

[12]) Zudem anerkennen die älteren Juristen gar keine praetorische *actio* (Anspruch, Forderung). Waren doch die Formeln meist *in factum* concipirt; s. Bd. I S. 72—84, ferner oben S. 57 und meine L.C. S. 16 N. 1.

Gerichtsherrn blos die legitimen Amts- und Parteienacte aus früheren Jahren beachten müssen. Mithin besteht nach einem Imperiumsprocess die civile wie die honorarische Actio an sich fort, und nur nach billigem Ermessen mag der Beamte, vor dem die Erneuerung des Verfahrens über dieselbe Sache stattfindet, Exceptio *rei iudicatae uel in iudicium deductae* bewilligen. Dagegen tritt die Consumtion durch gesetzlichen Processvertrag immer kraft Legalrechts ein, ohne Unterscheidung der Actionen nach Herkunft und Fassung. Einzig die Logik der Formel fordert in dem Fall eine besondere Clausel, wenn die Parteien nicht mit persönlicher Civilklage, sondern mit Actio *in rem* oder *in factum concepta* litigiren. Doch hängt unter diesen Voraussetzungen die Gewährung der Exceptio nicht von der Willkür des Praetors ab; vielmehr durfte sich der Beklagte im zweiten Process auf die volksrechtlich geordnete Consumtion berufen; seine Einrede war also „civil", oder, wie Gaius IV. 118 sich ausdrückt, eine *exceptio, quae ex legibus substantiam capit*[13]).

Die genauere Ausführung dieser Skizze gehört in eine Schrift, die es unternimmt, das legale Processrecht mit allen Einzelheiten darzustellen, worauf hier zu verzichten ist. Dagegen soll in einem letzten Abschnitt die Ausbeute zusammengestellt werden, die sich aus den Untersuchungen im ersten (1888) und zweiten Bande ergiebt. Dabei darf ich wohl meine im J. 1889 veröffentlichte „Litiscontestation", die in engster Beziehung zu den P. G. steht, mit berücksichtigen. Durch die neuere Abhandlung ist, wie mir scheint, eine Berichtigung mancher Äusserungen[14]) im

[13]) Vgl. Wlassak Krit. Studien S. 19, 20.

[14]) Die Bd. I S. 83 aufgeworfene Frage, ob Gaius und Andere

1. Band des vorliegenden Werkes notwendig geworden. Endlich sei noch bemerkt, dass den hier folgenden Thesen ein paar Bemerkungen beigefügt sind über die Aufgaben, die wir demnächst angreifen müssen, wenn die in meinen Arbeiten vorgetragenen Ansichten die Probe bestehen sollten.

§ 40. Die Ergebnisse.

I. Sprachliches.

1. Der römische Privatprocess heisst bald *actio* bald *iudicium.* Beide Ausdrücke schliessen die Streitbefestigung ein; der erstere bezeichnet den volksrechtlich geordneten Process mit Spruchformeln (*legis actio*), der letztere den amtsrechtlichen mit Streiturkunden, später, seit der Lex Aebutia und Julia, auch das gesetzliche Formularverfahren (*iud. legitimum*). Dieselben Worte zeigen das Kampfmittel an, womit die Parteien litigiren: *actio* ist der solenne Spruch, *iudicium* die Schriftformel. *Iudicium accipere* drückt zunächst die feierliche Handlung des Beklagten bei der Streitbefestigung aus: das Entgegennehmen der Processurkunde aus den Händen des Klägers, der seinerseits „agirt" (*agit* = *petit* = *intendit*). Durch dieses zweiseitige Geschäft wird das Processverhältniss begründet, welches selbst wieder *iudicium* genannt wird. Für den ganzen Act der Streitbefestigung verwenden die Quellen

---

streng richtig vom Kläger im Formularprocess sagen konnten: *intendit*, ist durch meine L.C. beantwortet. Der Ausdruck ist völlig (nicht blos „zur Not") zutreffend. Der Kläger mit einer Actio civilis „behauptet" (trotz dem *si paret*) ein eigenes Recht oder eine Pflicht des Gegners, indem er diesem die Formel bei der L.C. feierlich übergiebt oder dictirt.

litis contestatio und *actio* im e. S.; daneben bezeichnet *iudicium accipere* den Abschluss des Processvertrags in der neueren Form; in Legaltexten steht nicht selten *iudicium fit.* Bei Gai. IV. 104, 105, 109 bedeutet *iudicium quod accipitur sub uno iudice* das Processverhältniss, welches durch Geben und Nehmen einer Judexformel begründet wird. Endlich vertritt *iudicium* wie den ganzen Process, so insbesondere die Streitbefestigung. Beispielsweise sind Ereignisse *ante iudicium* solche, die der Zeit vor der Streitbefestigung angehören. Der Kunstausdruck für den nachklassischen Process ist ebenfalls *iudicium*, nicht *cognitio.*

2. „Legitim“ oder *ex lege* ist ein Vorgang und ein Verhältniss, dem volksgesetzliche Regelung zu Teil ward.

3. Das legitime Processmittel, die *actio* (auch = Forderung) steht der Partei zu (*conpetit*); das Gesetz giebt die *actio* (*actio lege data, prodita*), nicht der Magistrat. Dagegen wird das amtsrechtliche Processmittel (*iudicium*, später auch *actio*) vom Praetor aus Eigenem gegeben (*a praetore datur*), entweder nach edictaler Verheissung oder ohne solche. In einem anderen Sinn gebrauchen die Römer *dare actionem*, *iudicium* von der magistratischen Zulassung der Formel zur Streitbefestigung. Bei praetorischen Rechtsmitteln ist das „Geben“ und das „Zulassen“ nicht zu unterscheiden, bei volksrechtlichen aber findet ein *dare* nur in der letzteren Bedeutung statt, nicht in der ersteren.

II. Rechtsquellen.

1. Das Volksgesetz regelt grundsätzlich nur die Beziehungen der römischen Bürger zu einander und zum Staate. Auch die Augusteischen und späteren Leges machen

hievon keine Ausnahme. Ebenso gelten die meisten Privatrechtsordnungen, die der Senat der Kaiserzeit als Erbe der Comitien beschliesst, blos für Bürger. Die Peregrinen des Reiches, Bundesgenossen und Unterthanen, desgleichen die Sklaven stehen ausserhalb der Legalordnung. Die Fremden beherrscht (neben ihrem eigenen Recht) das Imperium der Magistrate, m. a. W. römisches „Amtsrecht“. Das sog. *ius honorarium* ist kein Recht, sondern Beamtenwillkür, die nur Foederirten gegenüber beschränkt war; doch banden sich die Magistrate selbst immer mehr an die Gerichtsübung.

2. Das Jus gentium im eigentlichen Sinn ist römisches Fremdenrecht, welches zunächst und hauptsächlich den Verkehr zwischen Römern und Peregrinen regelt. Erzeugt wird es teils durch internationale Übung, teils durch Verordnungen der Magistrate, nicht durch Leges. Auch die Latiner werden von den Römern als Fremde behandelt; das römische Gesetz ist für die Bürger der latinischen Städte nicht bindend. Doch sind die privatrechtlichen Beziehungen zwischen den Stammesgenossen vielfach einem besonderen Fremdenrecht unterworfen.

3. Die römischen Privatrechts- und Processordnungen sind keine Territorialgesetze; auch dem römischen Jus gentium kommt nicht „territoriale“ Geltung zu. Das Recht beherrscht nach graecoitalischer Anschauung nicht das Land, sondern das Volk (Personalprincip). Der Personenkreis, für den das Recht gilt, bestimmt sich in geschichtlicher Zeit durch die Zugehörigkeit zu einer *ciuitas (populus)*, zu einer städtisch organisirten Bürgerschaft (System der persönlichen Gemeinderechte). Die meisten uns be-

kannten Processgesetze der Römer wenden sich an Beamte, die zur Rechtsprechung in Rom verpflichtet waren.

III. Rechtslitteratur.

1. Die Processlitteratur der Römer ist der privatrechtlichen nicht ebenbürtig. Anscheinend hat es nur wenig Schriften mit rein processrechtlichem Inhalt gegeben. Eindringend behandelt sind die Spruch- und Schriftformeln, ferner die Lehre von der Processobligation. Gellius berichtet von Commentaren des Sabinus und anderer Juristen zur L. Julia *iudiciorum priuatorum.*

2. Gaius hat seine Institutionen in Rom geschrieben.

IV. Gerichtsverfassung.

1. Die Jurisdiction des städtischen wie des Peregrinenpraetors war für die Regel an Rom gebunden. Ein gesetzlicher Processvertrag vor Reichsbeamten konnte nur in der Hauptstadt abgeschlossen werden. Seit der L. Julia von 737 ist kraft Parteienvertrags auch der Fremdenpraetor[1]) befugt, unter Bürgern Recht zu sprechen. Die Municipalbehörden der römischen Landstädte sind durch ein Augusteisches Gesetz auf die Niedergerichtsbarkeit unter Bürgern beschränkt. Ihre Rechtsprechung ist durchaus gesetzlich geregelt; es giebt keinen Imperiumsprocess vor römischen Municipalbeamten. Die Jurisdiction der Statthalter bezog sich überwiegend auf Rechtshändel zwischen Römern und Fremden und zwischen Angehörigen verschiedener Peregrinengemeinden (*non eiusdem ciuitatis).*

2. Das älteste und (mit geringen Ausnahmen) überall

---

[1]) Ob auch andere Praetoren?, s. African Dig. 2, 1, 18.

zulässige Schwurgericht ist das des *unus iudex.* Das Gericht der Centumvirn und Decemvirn ist frühestens im 6. Jahrh. eingesetzt. Die Zehnmänner des Valerisch-Horatischen Gesetzes von 305 sind eine plebejische Behörde unbestimmbaren Charakters. Sie haben keinen Zusammenhang mit den zuerst im 7. Jahrh. nachweisbaren *dec. stlitibus iudicandis.* Zur Competenz der letzeren gehören die Freiheitsprocesse, zur Competenz der Centumvirn die volksrechtlichen Vindicationen. Ausschliessende Gerichtsbarkeit hatten weder die Hundert- noch die Zehnmänner. Mit ihnen concurrirt allezeit der *unus iudex.* Die selbständige Judication der Decemvirn ist durch die Lex Julia beseitigt. Die Competenz der Centumvirn hat das Julische Gesetz nicht auf Erbschaftssachen beschränkt. Zu den Vindicationen trat die Testamentsquerel hinzu. Der Arbiter ist lediglich eine besondere Spielart des Judex. Die Auswahl, die (praetorische) Ernennung und die Bestellung (durch die Parteien) erfolgte bei beiden Richterarten nach denselben Regeln. Die Auswahl des Geschwornen war niemals schlechthin an die Liste der Senatoren und später der Decurienrichter gebunden. Die Geschwornen des kaiserlichen Albums sind blos zur legitimen Judication in Privat- und Strafsachen berufen. „Gesetzlich richten“ kann nur ein Römer. Mehr verlangen die Gesetze nicht, insonderheit keinen Geschworenen aus der Liste.

3. Die Recuperatoren kommen ursprünglich nur im Fremdenprocess vor; in der Ciceronischen Zeit ist ihre Judication unter Bürgern nicht mehr neu. Auch mit den Recuperatoren concurrirt der Judex. Eingeführt ist das Recuperatorengericht von den Praetoren für praetorische Sachen (Formeln); doch war es für volksrechtliche nicht

ausgeschlossen. Die Recuperatoren des gemeinen Privatprocesses judiciren niemals *ex lege,* mochte auch ihre Auswahl durch die L. Julia geordnet sein. Zur Urteilsfällung im amtsrechtlichen Verfahren können auch Fremde berufen werden.

V. Privatprocess.

1. Die moderne Wissenschaft des röm. „Civilprocesses" ist auf falsche Wege geraten, weil sie Actionen- und Processrecht verwechselt und weil sie nie nach den Quellen des Processrechts gefragt hat. Die Formellehre ist ungebührlich bevorzugt, dagegen das rein Processualische vernachlässigt; selbst der römische Processbegriff ist bisher nicht aufgestellt. Der „Civilprocess" aber, den die Lehr- und Handbücher vorführen, hat in Rom nie bestanden. In alter wie in in klassischer Zeit — auch nach dem J. 212 p. C. — hat es immer zwei[2]) Processe neben einander gegeben: den legitimen Bürger- oder Civilprocess mit endgültiger Wirkung und den amtsrechtlichen *(iud. imperio continens).* Letzterer ist in der uns bekannten Gestalt zunächst als Fremdenprocess ausgebildet, später als summarisches Verfahren mit einigen Abweichungen in das Bürgerrecht übernommen. Was dem einen und dem anderen System angehört, das lässt sich in den nichtjustinianisirten Quellen leicht, im Corpus Juris nur schwer erkennen. Jedenfalls ist ein der Wirklichkeit entsprechendes Bild des römischen Processrechts ohne Sonderung der beiden Massen nicht zu gewinnen. Gaius muss hiebei unser Führer sein.

[2]) Einen anderen Dualismus im röm. Process (*lites-iurgia*) nimmt Karlowa an; vgl. insbesondere K. Legisactionen S. 244—246, dazu R.R.G. Bd. I S. 129—131.

Seine Institutionen geben auch über Einzelheiten des gesetzlichen Processes klaren Aufschluss. Neben den gerügten Grundfehlern war es noch die Verkennung der processualischen Rechtsgeschäfte, besonders der Streitbefestigung, und die (trotz Bülow) nicht genügende Beachtung der Processobligation, was den Fortschritt der Wissenschaft hemmen musste. Ein Neubau vom Grund aus ist erforderlich. Vielleicht aber empfiehlt es sich, zuvörderst den genauer bekannten Legalprocess eingehend zu schildern, ehe der Versuch einer Gesammtdarstellung unternommen wird.

2. Unter *iudicium legitimum* ist der Privatprocess zu verstehen, der in Rom unter praetorischer Autoritaet durch einen gesetzlich geordneten Vertrag, u. z. durch Übergabe einer Judexformel zwischen bürgerlichen Parteien begründet wird. Das Gesetz, welches die Streitbefestigung *per concepta uerba* zur Zeit der Republik regelt, ist die L. Aebutia, in der Kaiserzeit die L. Julia *iud. priuatorum.* Die jüngere, sehr ausführliche Gerichts- und Processordnung ist ein von Augustus im J. 737 rogirtes Plebiscit. In dasselbe Jahr dürfte die Julische Municipalgerichtsordnung fallen, auf der die (legitimen) Privatprocesse in allen Bürgerstädten Italiens, vermutlich auch der Provinzen beruhten. Ein Caesarisches Gesetz über das Verfahren in Privatsachen ist nicht nachweisbar. Die Begründung eines leg. Judiciums hängt bis auf éinen Punkt von denselben Voraussetzungen ab wie die Streitbefestigung mittels Legisactio. Beide setzen als Parteien wie als Richter röm. Bürger voraus, beide den Abschluss des Processvertrags in Rom (ursprünglich wohl innerhalb des Pomeriums, später in der Bannmeile), beide die Berufung eines Einzelrichters zur Fällung des Urteils,

die L. A. mindestens als Regel (wenn die Centumvirn älter sein sollten als die Aebutia — S. 291 N. 19). Dagegen sind im Legisactionenverfahren nur legitime Processmittel zulässig, im Aebutisch-Julischen sowohl volks- wie amtsrechtliche. Durch die Aebutia ist in den bezeichneten Grenzen das Formularverfahren für alle Actionen eingeführt. Der Jurist bei Gellius schliesst von der Reform blos die Legisactionen in Centumviralsachen aus, und nur mit dieser Annahme ist auch Gai. IV. 30 vereinbar. Zudem bezeugen die Quellen ausdrücklich die Concurrenz der L. A. und des Aebutischen Formelverfahrens, nicht blos bei Vindicationen sondern ebenso in Fällen der — nach Legalrecht — ausschliesslichen Competenz des Einzelrichters. Beseitigt ist die Legisactio, so weit sie mit dem Formelverfahren concurrirte, erst durch die L. Julia. Wo die L. A. solennes Rechtsverfolgungsmittel war, ohne zugleich Form zu sein für den Abschluss eines Processvertrags, da konnte sie durch die Streiturkunde nicht ersetzt werden. Solche Legisactionen mussten auch nach der L. Julia in Geltung bleiben, wenn sie nicht durch concurrirende praetorische Rechtsmittel überflüssig wurden. Gaius nennt als einen Fall dieser Art die L. A. *damni infecti*.

3. Die legitime Streitbefestigung und sie allein bewirkt eine wahre Novation. An die Stelle der Actio (auch der praetorischen) tritt die civile Processobligation. Wesentlich auf der Litiscontestatio beruht auch die Kraft der Sentenz, welche das Processverhältniss auflöst. Die Verurteilung im legitimen Process erzeugt die civile Actio iudicati (auf *iudicatum facere oportere*), die Verurteilung im praetorischen Process (*iud. imp. cont.*) den praetorischen Judicatsanspruch.

4. Wie in Rom so ist auch in anderen Städten des graecoitalischen Rechtskreises der Bürger- und der Fremdenprocess gesondert. Nur der erstere war durch Leges der einzelnen Civitates geordnet.

5. Die Formel ist als schriftliches Processprogramm auch nach der Beseitigung der Geschworenen im Gebrauch geblieben.

VI. Staatsrecht.

1. Ursprünglich verpflichtet die *lex* die Bürger zum Gehorsam gegenüber dem Herrn der Gemeinde; in der Republik wird sie eine Schranke der Beamtenallmacht. So weit die Lex das Imperium nicht ausschliesst, regiert das letztere auch die Bürger. Das Imperium kann durch ein Gesetz nicht erweitert werden. Daher ist das praetorische „Recht" nicht durch die L. Aebutia begründet.

2. Wo der Beamte *ex lege* handelt, da führen die Römer die Wirkung der Amtshandlung blos auf das Gesetz zurück, nicht daneben auf das Imperium. Das letztere weicht vollständig der Lex. Hiernach ist der Name *iudicium legitimum* keineswegs ungenau, und wohl gerechtfertigt ist auch die Gegenüberstellung des *iud. imperio continens*. Übrigens kann kein Process, auch kein Legalprocess (weder Judicium leg. noch Legisactio), ohne oder gegen den Willen des Magistrats zu Stande kommen. Doch macht sich der Beamte verantwortlich, wenn er den gesetzlich gebotenen Act verweigert.

3. Zur Ernennung eines Geschwornen waren die Reichsmagistrate kraft Gesetzes nur streitenden Bürgern gegenüber und nur in Rom verpflichtet. Gesetzlich angeordnet war die Ernennung eines Einzelrichters.

VII. Strafrecht.

1. Das legitime Strafrecht galt nur für Römer. Auch der Schutz der Strafgesetze kam, wie es scheint, der Regel nach blos der Bürgerschaft zu Gute. Wenn die Sklaven von den klassischen Juristen möglichst dem legalen Strafrecht unterworfen wurden, so sollte hiedurch das Eigenthum der römischen Herren vor willkürlichen Eingriffen der Beamten bewahrt werden.

2. Augustus hat im Jahre 737 eine allgemeine Strafprocessordnung erlassen (Lex Julia *iudiciorum publicorum*), die verschieden ist von den Leges Juliae *publicorum*.

Die hier aufgezählten Behauptungen, von denen einige nach meinem Ermessen gesichert, andere doch wahrscheinlich gemacht sind, wollen den Inhalt von Bd. I u. II der „Processgesetze" nicht erschöpfen. Nur das Wichtigste sollte herausgehoben werden, um die Übersicht zu erleichtern.

Die grösseren arabischen Zahlen bezeichnen die Seite, die kleineren die Note. Die römische Ziffer bedeutet den Band; doch ist bei dem ersten Bande die Zahl fortgelassen.

I.

Sachliches Register.

A.

R.

S.

II.

Verzeichniss der Beiträge zur Texteskritik.

Pierer'sche Hofbuchdruckerei. Stephan Geibel & Co. in Altenburg.